

# **VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE**

-

**BETYDNINGEN AV OMGÅELSESHENSIKT VED  
VURDERINGEN AV OM VIRKSOMHETEN HAR  
BEHOLDT SIN IDENTITET ETTER AML § 16-1**

Kandidatnummer: 617

Leveringsfrist: 25.11.08

Til sammen 17985 ord

25.11.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Problemstillingen .....	1
1.2	Problemstillingens aktualitet .....	4
1.3	Begreper .....	6
1.4	Den videre fremstilling .....	8
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDESITUASJONEN.....</u></b>	<b><u>9</u></b>
2.1	Norske rettskilder .....	9
2.2	EU-direktivet.....	9
2.3	EF- og EFTA-domstolens praksis som rettskildefaktor.....	10
2.4	Generaladvokatens forslag til avgjørelse.....	10
2.5	Tolkingsprinsipper .....	12
2.6	Fremmed rett .....	12
<b><u>3</u></b>	<b><u>IDENTITETSVURDERINGEN.....</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	Innledning .....	13
3.2	Om aktiviteten etter overføringen er den samme eller lignende .....	15
3.3	Virksomhetens karakter .....	16
3.4	Om det er overført fysiske aktiva.....	18

3.5	Verdien av immaterielle aktiva .....	18
3.6	Om kundekretsen overtas .....	19
3.7	Kontinuitet .....	19
3.8	Overtatte arbeidstakere .....	19
3.9	Andre momenter .....	21
<b>4</b>	<b><u>HENSYN BAK OG BETYDNINGEN AV Å LEGGE VEKT PÅ</u></b>	
	<b><u>OMGÅELSESHENSIKT .....</u></b>	<b>21</b>
4.1	Innledning .....	21
4.2	Direktivets formål.....	21
4.3	Samfunnsøkonomiske hensyn.....	22
<b>5</b>	<b><u>ER OMGÅELSESHENSIKT RELEVANT I IDENTITETSVURDERINGEN? .....</u></b>	<b>23</b>
5.1	Innledning .....	23
5.2	Olderdalen.....	25
5.3	Praksis fra EF- og EFTA-domstolen før Olderdalen .....	28
5.3.1	Innledning .....	28
5.3.2	Helhetsvurdering - må ta hensyn til samtlige omstendigheter ved overdragelsen. ....	29
5.3.3	Formålsfortolking .....	31
5.3.4	Fremgangsmåte og bakgrunnen for overdragelsen .....	32
5.3.5	Konsernforhold/interessefellesskap .....	33
5.3.6	Sammenfatning .....	34
5.4	Foreligger det en utvikling angående omgåelsesspørsmålet etter Olderdalen? .....	35
5.4.1	Innledning .....	35
5.4.2	Omgåelse av identitetsvilkåret.....	36
5.4.3	Omgåelse av vilkårene ”selvstendig økonomisk enhet” og ”overdragelse” .....	48

5.4.4	Omgåelse av tariffavtaler.....	49
5.4.5	Generell omgåelsesnorm?.....	51
<b>5.5</b>	<b>Oppsummering av gjeldende rett i forhold til relevans .....</b>	<b>52</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>HVILKEN BETYDNING TILLEGGES OMGÅELSE? .....</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>53</b>
<b>6.2</b>	<b>Hvordan vektlegges omgåelse? .....</b>	<b>53</b>
<b>6.3</b>	<b>Hvor stor vekt tillegges omgåelse? .....</b>	<b>57</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>BEVISBYRDESPØRSMÅL .....</u></b>	<b><u>60</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>DE LEGE FERENDA VURDERING .....</u></b>	<b><u>62</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Bør omgåelseshensikt være relevant? .....</b>	<b>62</b>
<b>8.2</b>	<b>Hvilken vekt bør omgåelseshensikt tillegges? .....</b>	<b>63</b>
<b>8.3</b>	<b>Rettssikkerhet .....</b>	<b>64</b>
<b>8.4</b>	<b>Arbeidslivslovutvalgets forslag til løsning .....</b>	<b>65</b>
<b>8.5</b>	<b>Min vurdering .....</b>	<b>66</b>
	<b><u>LITTERATURREGISTER .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
	<b><u>ØVRIGE KILDEHENVISNINGER.....</u></b>	<b><u>1</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstillingen

Reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 (aml.) kapittel 16, er gitt for å beskytte arbeidstakerne der hele eller deler av virksomheten overdras til ny arbeidsgiver. Dersom bestemmelsene får anvendelse, er hovedregelen at arbeidstakers arbeidsforhold fortsetter uendret hos ny arbeidsgiver. Reglene beskytter arbeidstaker både mot oppsigelse som følge av virksomhetsoverdragelsen,<sup>1</sup> og mot reduserte arbeidsvilkår. Reglene er preseptoriske.<sup>2</sup> Arbeidsgiverne kan derfor ikke avtale avvik til skade for arbeidstakerne. Dette betyr at erverver av virksomheten må overta arbeidstakerne på de vilkårene som er fastsatt i deres individuelle arbeidsavtaler.<sup>3</sup>

For at reglene skal få anvendelse, må det etter aml. § 16-1, foreligge en ”virksomhetsoverdragelse” i lovens forstand. Tre hovedvilkår må være oppfylt at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse:<sup>4</sup>

- i. Gjenstanden for overdragelse må være en selvstendig økonomisk enhet.
- ii. Det må foreligge en overdragelse til en annen arbeidsgiver.
- iii. Virksomheten må ha beholdt sin identitet etter overføringen.

---

<sup>1</sup> Reglene beskytter kun arbeidstakeren mot å bli oppsagt som følge av virksomhetsoverdragelsen. Ved for eksempel etterfølgende overtallighet vil arbeidstakerne kunne bli sagt opp etter de alminnelige regler i aml. §15-7. De overførte arbeidstakere skal da i utgangspunktet vurderes på lik linje med arbeidstakerne hos erverver. Se Fougner/Holo s.992.

<sup>2</sup> Se aml. §1-9.

<sup>3</sup> Erverver kan etter aml. §16-2(2) erklære seg ubundet av tariffavtale.

<sup>4</sup> Dette fremgår direkte av lovteksten i aml. §16-1(1). Se også Rt-2006-71 premiss 72-74.

Oppgavens problemstilling knytter seg til identitetsvilkåret. Spørsmålet om virksomheten har beholdt sin identitet etter overdragelsen beror på en helhetsvurdering av en rekke momenter. Det følger av rettspraksis at de sentrale momenter i denne vurderingen er om aktiviteten videreføres, i hvilken grad det er overført materielle - og immaterielle aktiva, om kundekretsen overtas, om det foreligger kontinuitet i virksomheten og i hvilken grad arbeidstakerne blir overtatt. Det er viktig å merke seg at overdrager og erverver, som parter i overdragelsen, nødvendigvis vil ha kontroll over disse forhold, ettersom det er de som avtaler hva som skal overføres.

Virksomhetsoverdragelsesreglene gjelder også i trepartsforhold.<sup>5</sup> I trepartsforhold brukes i den videre fremstilling begrepet ”overdrager” om den tidligere kontraktsinnehaveren og ”erverver” om den nye kontraktsinnehaveren. Det er hensiktsmessig å bruke begrepet ”oppdragsgiver”<sup>6</sup> om den som gir oppdraget. I trepartsforhold vil det være oppdragsgiver og erverver som er partene i overdragelsen. Overdragers innflytelse på om reglene får anvendelse vil dermed være begrenset.

Spørsmålet om virksomhetsoverdragelsesreglene kommer til anvendelse har stor praktisk og økonomisk betydning, ikke bare for de berørte arbeidstakere, men også for partene i overdragelsesavtalen. Ved for eksempel SAS sitt oppkjøp av Braathens, ble det lagt til grunn at dersom reglene fikk anvendelse, ville dette medføre en merkostnad på NOK 100 mill for SAS.<sup>7</sup> Det sier derfor seg selv at partene i avtalen kan ha en interesse av å innrette transaksjonen slik at reglene ikke kommer til anvendelse.

---

<sup>5</sup> Se illustrasjon punkt 1.3.

<sup>6</sup> Begrepet er også brukt av Høyesterett i Rt-2001-248.

<sup>7</sup> Fougner(2006) s.67.

Spørsmålet som drøftes i denne oppgaven er om og i hvilken grad det er relevant for domstolene å legge vekt på partenes eventuelle omgåelseshensikt<sup>8</sup> ved vurderingen av om reglene får anvendelse. Omgåelse<sup>9</sup> er mest praktisk i forbindelse med identitetsvilkåret.<sup>10</sup> Det er her partenes kontraktuelle spillerom er størst. EF- og EFTA-domstolene har foretatt en utvidende formålsfortolkning av vilkårene ”selvstendig økonomisk enhet” og ”overdragelse”, blant annet nettopp for å unngå omgåelse av reglene.<sup>11</sup> Det er av denne grunn svært vanskelig å omgå reglene ved å tilpasse transaksjonen til disse vilkår. Oppgaven behandler derfor omgåelse av identitetsvilkåret. De to andre hovedvilkår i aml. § 16-1 behandles bare der man kan trekke analogier fra disse til identitetsvurderingen.

Det første hovedspørsmålet som drøftes er om partenes omgåelseshensikt er relevant i identitetsvurderingen. Det andre hovedspørsmålet er hvilke virkninger hensikten eventuelt skal tillegges.

---

<sup>8</sup> Med ”omgåelseshensikt” menes forsøk på å innrette transaksjonen slik at dens forretningsmessige formål oppnås helt eller i tilstrekkelig grad, samtidig med at virksomhetsoverdragelsesreglene ikke gjøres anvendelige. Se punkt 1.3 nedenfor.

<sup>9</sup> Med ”omgåelse” menes oppnåelse av omgåelseshensikt. Se punkt 1.3 nedenfor.

<sup>10</sup> En annen måte å unngå overføring av de ansatte, er å velge aksjekjøp fremfor innmatkjøp. Denne løsningen blir ofte valgt ut fra skattemessige hensyn, men har også den konsekvens at en eventuell overtallighet kan tas ut isolert i det oppkjøpte selskap. Ved virksomhetsoverdragelse må en eventuell overtallighet etter aml. § 16-4 tas ut etter overføringen, og ansatte hos overdrager og erverver skal konkurrere på like vilkår. Se Fougner/Holo(2006) s.992.

<sup>11</sup> EFTA-domstolen har i sak E-2/04(Total) kommet med følgende bemerkning: ”Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig. Dersom det var tilfellet, ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet”. Det fremgår klart av dette utdraget at EFTA-domstolen har lagt betydelig vekt på at erverver ikke skal kunne omgå reglene. Domstolen har derfor foretatt en ”utvidende” tolkning.

## 1.2 Problemstillingens aktualitet

Virksomhetsoverdragelsesreglene får anvendelse ved en rekke ulike transaksjoner.<sup>12</sup>

Problemstillingen er praktisk, da salg, kjøp og restrukturering i næringslivet synes å bli et stadig mer fremtredende samfunnstrekk. Det samme gjelder utsetting av oppdrag, skifte av kontraktsinnehaver og anbud. Spørsmålet om omgåelseshensikt er relevant i identitetsvurderingen er viktig, siden utfallet av identitetsvurderingen kan få store konsekvenser for arbeidstakerne. Dersom reglene om virksomhetsoverdragelse ikke får anvendelse, mister arbeidstakerne det vernet disse reglene gir. I slike tilfelle vil arbeidstakerne hos overdrager kunne stå i fare for å bli oppsagt, fordi arbeidsbortfall regelmessig vil være en konsekvens av overføringen. Dersom reglene ikke får anvendelse, vil erverver på sin side stå fritt til å ansette arbeidstaker på reduserte arbeidsvilkår, eller velge ikke å ansette dem.

Det er altså et prinsipielt og viktig spørsmål oppgaven reiser. Rettstilstanden synes å være under utvikling. Utgangspunktet for problemstillingen i Norge er Høyesteretts uttalelse i Rt-2001-248 (Olderdalen) om at det bare var det faktisk overførte som var relevant i identitetsvurderingen. Domstolen uttalte at dette betød at overtaker ved sine disposisjoner kunne få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvernet etter virksomhetsoverdragelsesreglene skulle avgjøres. Høyesterett kunne ikke se at vernet var utbygd lenger gjennom EF-domstolens praksis. Retten tok ikke konkret stilling til omgåelsesspørsmålet, men uttalelsene i Olderdalen var meget generelle, og har blitt tolket slik at det ikke kan legges vekt på omgåelse i identitetsvurderingen.<sup>13</sup>

Problemstillingen er særlig aktualisert etter at lovgiver i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven av 2005 foretok en inngående drøftelse av om det bør være relevant å legge vekt på omgåelse i identitetsvurderingen: Det ble uttalt:

---

<sup>12</sup> Bl.a. ved avhendelser av virksomheter, anbud, kontraktsutsettinger og bytte av kontraktsinnehavere.

<sup>13</sup> NOU-2004:5 s.364, RG-2003-1342.



*”Utvalget har også vurdert om reglenes anvendelsesområde bør utvides på bakgrunn av Høyesteretts tolkning og anvendelse av reglene og kravet til identitet i Olderdalen-dommen (Rt-2001-248). Det kan hevdes at mulighetene for arbeidsgiver til å omgå de vernehensyn som ligger bak reglene er store ved at den nye innehaver kan avgjøre om forholdet skal komme inn under reglene om virksomhetsoverdragelse eller ikke.”<sup>14</sup>*

Videre heter det:

*”Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om det bør innføres en regel som gir mulighet til å skjære gjennom i tilfeller hvor det er grunn til å tro at manglende overtagelse av eksempelvis ansatte eller aktiva, er motivert i å unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse.”<sup>15</sup>*

Det ble i forarbeidene konkludert med at det var opp til rettspraksis å utvikle rettstilstanden i forhold til omgåelsesspørsmålet.<sup>16</sup> Høyesterett hadde dermed en klar oppfordring til å ta stilling til om omgåelse var relevant i identitetsvurderingen i Rt-2006-71 (SAS-Braathens), hvor den ene hjelpeintervenienten argumenterte nettopp med dette.<sup>17</sup>

Problemstillingen synes ikke å ha vært behandlet i nyere dommer i verken Sverige eller Danmark. Engelske domstoler har derimot tatt direkte stilling til om omgåelseshensikt er relevant i identitetsvurderingen. Court of Appeal har i flere prinsipielle dommer ansett det relevant å legge vekt på omgåelse i identitetsvurderingen.<sup>18</sup> Domstolen går langt i å legge vekt på at erverver har søkt å omgå virksomhetsoverdragelsesreglene. Retten har i flere av dommene foretatt en omfattende og grundig tolking av hva som kan utledes om omgåelsesspørsmålet av EF-domstolens praksis. Dommene fra Court of Appeal vil ha

---

<sup>14</sup> NOU 2004:5 s.364.

<sup>15</sup> I.c.

<sup>16</sup> ibid.s.366.

<sup>17</sup> Se nedenfor i punkt 5.4.

<sup>18</sup> Se bl.a. I.C.R.1162(ECM), IRLR 542(ADI).

svært begrenset rettskildemessig vekt i Norge, men er interessante i form av sin argumentasjonsverdi, og fordi de tolker de samme rettskilder som det Høyesterett gjorde i Olderdalen.

Det er den senere tid debattert hvorvidt det legges og bør legges vekt på arbeidsgivers eventuelle omgåelsesmotiv<sup>19</sup>.

Som det fremgår av det jeg har gjort rede for ovenfor, har problemstillingen stor aktualitet. Det er sterke hensyn som gjør seg gjeldende i begge retninger, og rettstilstanden er noe uklar. Av den grunn vil en relativt stor del av oppgaven være rettspolitisk. Jeg vil gjøre rede for ulike hensyn som gjør seg gjeldende, og antyde mulige løsninger på omgåelsesproblemet.

### 1.3 Begreper

Begrepet ”overdrager” er legaldefinert slik i Rdir. 2001/23/EF artikkel 2.1.a:

*”overdrager’: enhver fysisk eller juridisk person som som følge av en overdragelse i henhold til artikkel 1. nr. 1 opphører å være arbeidsgiver i foretaket, virksomheten eller den delen av foretaket eller virksomheten.”*

”Erverver” er legaldefinert slik i artikkel 2.1.b:

*”erverver’: enhver fysisk eller juridisk person som som følge av en overdragelse i henhold til artikkel 1. nr. 1 blir arbeidsgiver i foretaket, virksomheten eller delen av foretaket eller virksomheten.”<sup>20</sup>*

---

<sup>19</sup> NOU-2004:5 s.364-365, Vågen(2004) s.256.

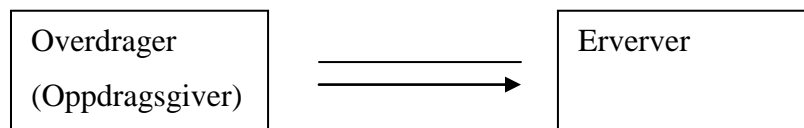
<sup>20</sup> Rdir.2001/23/EF.

Begrepene ”overdrager” og ”erhverver” vil bli brukt uavhengig av om vilkårene for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse er oppfylt. ”Kontraktsinnehaver” vil også bli brukt om overdrager og erhverver, der dette gjør det lettere å forstå et saksforhold.

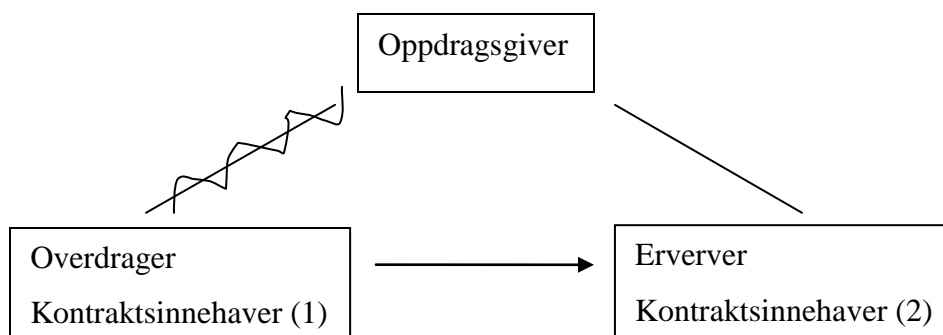
Med ”oppdragsgiver” menes den som gir et oppdrag. Dersom det er første gang virksomheten setter ut oppdraget, vil arbeidsgiver i tillegg til ”oppdragsgiver” også ofte være ”overdrager”. Dette fordi arbeidstakerne vil bli overført fra ham dersom reglene får anvendelse.

Følgende illustrasjoner kan tjene til lettere å forstå de ulike typer virksomhetsoverdragelse. Pilen symboliserer overdragelsen av arbeidstakerne. Den enkle linjen illustrerer avtalene mellom partene, og den ujevne linjen at kontraktsforholdet er avsluttet.

Direkte overdragelser og første gangs kontraktsutsetting:



Skifte av kontraktsinnehaver:



Med ”omgåelseshensikt” menes forsøk på å innrette transaksjonen slik at dens forretningsmessige formål oppnås helt eller i tilstrekkelig grad, samtidig med at

virksomhetsoverdragelsesreglene ikke gjøres anvendelige. Med ”omgåelse” menes oppnåelse av omgåelseshensikt.<sup>21</sup>

#### 1.4 Den videre fremstilling

Innledningsvis i punkt 2 gjøres det rede for rettskildesituasjonen. Videre i punkt 3 behandles identitetsvilkåret. Uten en beskrivelse av identitetsvurderingen vil hovedproblemstillingen bli hengende i luften. Identitetsvurderingen er en helhetsvurdering, utviklet og endret gjennom til dels lite konsis og delvis motstridende rettspraksis. Det er derfor nødvendig å bruke noe plass på å presentere denne helhetsvurderingen.

Etter å ha presentert identitetsvurderingen, behandles hovedproblemstillingen: Er det relevant å legge vekt på omgåelseshensikt i identitetsvurderingen, og hva kan eventuelt utledes om vekten av en slik omgåelsesnorm. De ulike hensyn og betydningen av å legge vekt på omgåelse vil bli behandlet i punkt 4. Relevansen av omgåelse vil bli behandlet under punkt 5. Videre i punkt 6 vil det bli foretatt en analyse av rettskildene med det mål å se om det går an å utlede noe generelt om hvordan domstolene eventuelt legger vekt på omgåelse, og hvilken vekt omgåelseshensikt vil ha i identitetsvurderingen. Bevissspørsmål vil bli drøftet i punkt 7, før det i punkt 8 avslutningsvis vil bli foretatt en de lege ferenda-drøftelse. Denne vurderingen vil særlig se hen til reglenes formål. Jeg vil klart gi uttrykk for det hvor det er mine egne vurderinger jeg gir uttrykk for, men det vil også bli henvist til forarbeider, rettspraksis og teori der dette har vært diskutert. Til slutt vil jeg presentere hvilken løsning jeg anser mest gunstig i forhold til omgåelsesspørsmålet.

---

<sup>21</sup> Motivasjonen for omgåelse kan dels være å unngå overføring av arbeidstakerne, og dels ønske om å redusere arbeidsvilkårene. En metode for å oppnå omgåelse er å foreta en tilpasning av antall ansatte eller tilpasning av overtakelse av fysiske aktiva. Det vil vanligvis være uproblematisk å kompensere for tilpasningen etter at transaksjonen er gjennomført. Denne metoden kan kombineres med oppdeling av transaksjonen i tid, og splitting av transaksjonen på ulike selskap i samme konsern.

## 2 Rettskildesituasjonen

### 2.1 Norske rettskilder

Bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 kapittel 16 er gitt for å implementere Rådskdirektiv 2001/23/EF. § 16-1 angir reglenes virkeområde og tilsvarende direktivets artikkel 1 (1). Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 er relevant for omgåelsesspørsmålet. I norsk rett er forarbeidene etter tradisjonell rettskildelære en tungtveiende rettskildefaktor.<sup>22</sup> Det er imidlertid hevdet at forarbeider til regler som gjennomfører EØS-rett ikke kan tillegges så stor vekt.<sup>23</sup> Høyesteretts dommer i Olderdalen<sup>24</sup> og SAS-Braathens<sup>25</sup> er viktige kilder i den videre fremstilling. Begge disse dommene bygger på arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 § 73, men er relevante da den språklige endringen i ny arbeidsmiljølov av 17. juni 2005 nr. 62 § 16-1 ikke var tilsiktet å medføre realitetsendringer.<sup>26</sup> Det vil også bli vist til underrettspraksis. Underrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt.<sup>27</sup> Det vil også bli trukket analogier fra Arbeidsrettens praksis om aml. § 16-2 angående omgåelse av tariffavtaler ved virksomhetsoverdragelse.

### 2.2 EU-direktivet

Rådskdirektiv 2001/23/EF avløste de tidligere gjeldende Rådskdirektiv 77/187/EØF og Rådskdirektiv 98/50 EF. Innføringen av det nye direktiv og de språklige endringer var ikke tilsiktet å medføre realitetsendringer i § 16-1.<sup>28</sup> Praksis i henhold til de eldre direktiv og den gamle arbeidsmiljølov av 4. februar 1977 nr. 4 § 73 er således fortsatt relevante rettskildefaktorer ved tolkningen av aml. § 16-1. Direktivet oppstiller et minimumsvern, og

---

<sup>22</sup> Eckhoff (2001) s.65 flg.

<sup>23</sup> EØS-rett (2004) s.193-194.

<sup>24</sup> Rt-2001-248.

<sup>25</sup> Rt-2006-71.

<sup>26</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.256 flg, Rt-2006-71.

<sup>27</sup> Eckhoff (2001) s.162

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.256 flg.

statene står fritt til å gi arbeidstakerne bedre rettigheter.<sup>29</sup> I Olderdalen uttalte Høyesterett at vernet i norsk rett tilsvarte det minimumsvern som fremgår av direktivet. Høyesterett uttalte i SAS-Braathens:

”Det nærmere innhold av reglene om virksomhetsoverdragelse må etter dette fastlegges på grunnlag av EU-direktivene.”<sup>30</sup>

### 2.3 EF- og EFTA-domstolens praksis som rettskildefaktor

Som følge av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen, EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3, er praksis fra EF-domstolen relevant, og skal tillegges stor vekt ved tolkningen av lovbestemmelser som bygger på direktiver.<sup>31</sup>

Høyesterett har gjentatte ganger uttalt at EF-domstolens dommer og EFTA-domstolens rådgivende uttalelser vil veie tungt som rettskildefaktorer ved tolkningen av aml. § 16-1.<sup>32</sup> EF- og EFTA-praksis er drøftet inngående og tillagt stor vekt i nær sagt alle høyesterettsdommer som omhandler identitetsvilkåret.<sup>33</sup> Praksis fra EF- og EFTA-domstolene vil som følge av Høyesteretts uttalelser ha meget stor vekt ved tolkingen av aml. § 16-1.

### 2.4 Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Generaladvokaten har i mye større grad enn EU- og EFTA-domstolen uttalt seg om omgåelse ved identitetsvurderingen.<sup>34</sup> Generaladvokaten er medlem av domstolen, men er

---

<sup>29</sup> Rdir.2001/23/EF art.8.

<sup>30</sup> Rt-2006-71 premiss 68.

<sup>31</sup> Se også Høyesteretts uttalelse i Rt-1997-1965.

<sup>32</sup> Se f.eks. Rt-1997-1965 og Rt-2001-248.

<sup>33</sup> Se f.eks. Rt-2001-248, Rt-2006-71.

<sup>34</sup> Se for eksempel generaladvokatens forslag til uttalelse (gen.adv.) i sak 24/86(Spijkers), sak 324/86(Daddy`s Dance Hall) og C-458/05(Jouini).

ikke dommer.<sup>35</sup> Generaladvokatens oppgave etter EF-traktaten artikkel 222 er å gi et upartisk og uavhengig forslag til avgjørelse, en slags juridisk utredning. Generaladvokaten skal ikke opptre som en representant for en av partene, men som en juridisk representant for allmennhetens interesser.<sup>36</sup> Generaladvokatens anbefalinger blir publisert i forkant av kjennelsen, slik at EF-domstolen får tilstrekkelig tid til å vurdere dem. Anbefalingene inneholder ofte en mer inngående analyse og vurdering av sakens problemstillinger enn det domstolens kjennelser gjør<sup>37</sup>. Anbefalingene er ikke bindende for domstolen, men blir ofte henvist til av EF-domstolen<sup>38</sup>. Chalmers m.fl. uttaler:

*”Even when the conclusions reached are similar, it is difficult to know whether the reasoning is the same, given that the Opinion is often discursive in nature, whilst the judgment itself is very terse.”*<sup>39</sup>

Hvilken rettskildeverdi Generaladvokatens uttalelser har, er derfor noe uklart og vil variere.<sup>40</sup> En full eller delvis tilslutning fra EF-domstolen høyner uttalelsens rettskildemessige status. I så tilfelle er det dommen som har rettskildeverdien. En tolkning av om domstolen faktisk tilslutter seg Generaladvokatens anbefaling vil derfor være nødvendig for å finne uttalelsens vekt. Mulder hevder at der domstolen ikke tilslutter seg Generaladvokatens anbefalinger, vil anbefalingen ha vekt på linje med juridisk litteratur.<sup>41</sup> Han mener også at uttalelsene vil ha stor betydning for rettsutviklingen og domstolens dømmende virksomhet, uavhengig av om dommen avviker fra Generaladvokatens anbefalinger eller ikke.

---

<sup>35</sup> Mulder(2004) s.85.

<sup>36</sup> European Union Law(2006) s.123.

<sup>37</sup> Mulder(2004) s.85.

<sup>38</sup> Se også European Union Law(2006) s.124.

<sup>39</sup> I.c., EØS-rett(2004) s.131.

<sup>40</sup> European Union Law(2006) s.124.

<sup>41</sup> Mulder(2004) s.86

## 2.5 Tolkingsprinsipper

I EU-retten er formålet en meget viktig rettskildefaktor<sup>42</sup>. Dette kan ha sin årsak i at forarbeider ikke er en sentral rettskildefaktor, slik de er i norsk rett.<sup>43</sup> I forarbeidene til aml. § 16-1 uttales det:

*”Reglene skal i henhold til rettspraksis fortolkes på bakgrunn av sitt formål, som er å hindre at arbeidstakerne mister sine rettigheter på grunn av at virksomheten skifter innehaver.”*<sup>44</sup>

At formålet skal tillegges stor vekt ved tolkningen av direktivet og aml. § 16-1 er presisert i flere dommer fra Høyesterett, EF- og EFTA-domstolene<sup>45</sup>.

Det fremgår av tredje betraktning til direktiv 2001/23, at direktivet har til formål å beskytte arbeidstakerne ved skifte av arbeidsgiver for å sikre at deres rettigheter blir ivaretatt.

## 2.6 Fremmed rett

Ved siden av å analysere norske dommer og praksis fra EF- og EFTA-domstolen er det naturlig også å se hen til praksis fra medlemsstaters nasjonale domstoler. Grunnet tilgjengelighet, nærhet og språk, har jeg fokusert på dansk, svensk og engelsk rett. Problemstillingen synes ikke å ha vært behandlet i nyere dommer i Sverige og Danmark.

I oppgaven vil det som nevnt bli vist til en del engelske dommer fra Court of Appeal. Dommene vil ha begrenset rettskildemessig verdi, men det kan være opplysende å se hvordan engelske domstoler har tolket direktivet og EF-domstolens avgjørelser i forhold til omgåelsesspørsmålet sammenlignet med norske domstoler. De engelske domstolers

---

<sup>42</sup> Gjems-Onstad(1992) s.59.

<sup>43</sup> EØS-rett(2004) s.213

<sup>44</sup> Ot.prp. nr 49 (04-05) s.256.

<sup>45</sup> Se bl.a Rt-1997-1965, C-340/01(Sodexho), C-458/05(Jouini).



tolkninger av EF-domstolens praksis vil også ha relevans i kraft av sin argumentasjonsverdi.

Siden problemstillingen er knyttet til tolkingen av direktiv 2001/23/EF, og Høyesterett har uttalt at det nærmere innholdet av reglene må fastlegges på grunnlag av EU-direktivet og praksis fra EF- og EFTA-domstolene<sup>46</sup>, vil ikke dommene fra Court of Appeal bli behandlet isolert i et kapittel om fremmed rett, men løpende under de ulike problemstillinger. En slik fremstilling vil bidra til å illustrere og utdype mulige innfallsvinkler til problemstillingene.

### **3 Identitetsvurderingen**

#### **3.1 Innledning**

Aml § 16-1(1) lyder:

*”Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.”*<sup>47</sup>

Det er ikke presisert i ordlyden i aml. § 16-1 hva som ligger i kravet til identitet. I følge forarbeidene skal det foretas en helhetsvurdering av situasjonen før og etter overføringen, og det er opp til domstolene å utvikle de momenter som skal vektlegges i denne vurderingen.<sup>48</sup> Høyesterett har i SAS-Braathens presisert kravet ”identitet” til at virksomheten som blir videreført av erverver i det vesentlige må være den samme som ble

---

<sup>46</sup> Se f.eks. Rt-2006-71.

<sup>47</sup> Aml. § 16-1.

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.49 (04-05) s.257.

drevet av den tidligere innehaver. Høyesterett har flere ganger uttalt at de vil følge EF- og EFTA-domstolens praksis<sup>49</sup>.

EF- domstolens dom i sak C-24/85(Spijkers), er ansett som den grunnleggende avgjørelse om identitetsvilkåret. EF-domstolen oppstilte i Spijkers en del momenter som har blitt brukt som utgangspunkt i helhetsvurderingen i senere rettspraksis<sup>50</sup>. Momentene har senere blitt kjent som ”Spijkers-kriteriene” Disse kriteriene er som følger:

- i. Om aktiviteten etter overføringen er den samme eller lignende
- ii. Virksomhetens karakter
- iii. Om det er overført fysiske aktiva
- iv. Verdien av immaterielle aktiva
- v. Om kundekretsen overtas
- vi. Kontinuiteten
- vii. Om og i hvilken grad arbeidstakerne er overført.

Disse momentene er ikke uttømmende, noe som er presisert i forarbeidene<sup>51</sup> og i rettspraksis.<sup>52</sup> I den videre fremstilling vil det kort gjøres rede for Spijkers-kriteriene, slik de er utviklet i rettspraksis.

Hvilken vekt de ulike momentene skal ha i identitetsvurderingen vil kunne få direkte betydning for omgåelsesspørsmålet. Overtagelse av ansatte og materielle aktiva er de momentene som vil være lettest og mest praktisk å påvirke dersom erverver ønsker å omgå reglene. En sterk vektlegging av om ansatte og materielle aktiva er overført vil gjøre det lettere å omgå reglene, enn dersom det legges større vekt på om aktiviteten og kundekretsen er videreført. Overtagelse av de ansatte reiser i tillegg flere spørsmål som vil behandles særskilt nedenfor under punkt 3.8. EF-domstolen har uttalt:

---

<sup>49</sup> Se bl.a. Rt-1997-1954, Rt-1997-1965 og Rt-2001-248.

<sup>50</sup> Se bl.a. Rt-2001-248, C-340/01(Sodexho), C-13/95(Süzen).

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.49 04-05 s.257.

<sup>52</sup> Se f.eks. E-2/04 og E-2/95. Se også Bårdsen (2004) s.70.

*”...det fremgaar af fast retspraksis, at det afgjoerende ved vurderingen af om der foreligger overførsel efter direktivet, er, om den paagaeldende enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig maa legges til grund saafremt driften faktisk fortsaettes eller genoptages...”*<sup>53</sup>

Hva som ligger i at driften fortsettes eller gjenopptas er imidlertid ikke klart. I C-13/95 (Süzen), fant EF-domstolen at det ikke er tilstrekkelig i seg selv dersom bare selve aktiviteten videreføres. Klingsten er av den oppfatning at kundekrets, kontinuitet, og fortsettelse av aktivitet er nødvendige forutsetninger for at det skal kunne foreligge identitet.<sup>54</sup> I forhold til omgåelse er dette mer heldig enn å legge stor vekt på om en vesentlig del av de ansatte eller fysiske aktiva er overdratt.

Nedenfor vil de ulike momentene gjennomgå for å belyse hvilken vekt de etter gjeldende rett er blitt tillagt, og forskjeller i vurderingen ut fra hvilken type virksomhet man står ovenfor. Målet med denne fremstilling er ikke å foreta en uttømmende presentasjon av momentene, men å gjennomgå dem slik at det er lettere å forstå den etterfølgende omgåelsesdrøftelsen.

### 3.2 Om aktiviteten etter overføringen er den samme eller lignende

I følge forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven og rettspraksis er det et relevant moment i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme.<sup>55</sup> Det følger av forarbeidene og rettspraksis at samme eller lignende aktivitet videreføres er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> C-171/94 og 172/94(Merckx) premiss 16. Se også sak 24/86(Spijkers) og C-13/95(Süzen).

<sup>54</sup> Klingsten(2002) s.52.

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257, sak 24/86(Spijkers).

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257, C-13/95(Süzen), Rt-2001-248.

I følge forarbeidene og flere dommer fra EF-domstolen er videreføring av aktiviteten kun et element i helhetsvurderingen.<sup>57</sup> Dette er fordi selv om videreføring av aktiviteten er et nødvendig vilkår, vil momentet ha ulik vekt i helhetsvurderingen. Momentet vil tale mindre for virksomhetsoverdragelse, desto mindre lik aktiviteten er.

### 3.3 Virksomhetens karakter

Momentenes vekt i helhetsvurderingen avhenger av type virksomhet. Vurderingstemaet er hvilken innsatsfaktor som i hovedsak karakteriserer virksomheten. Det må skilles mellom virksomheter som er karakterisert av materielle aktiva, og virksomheter som er karakterisert av ansatte. Noen virksomheter er karakterisert av flere innsatsfaktorer.<sup>58</sup> For enkelthetens skyld, vil disse bli kalt ”blandingsvirksomheter.”<sup>59</sup> Høyesterett har etter en gjennomgang av EF-domstolens praksis funnet at der en virksomhet i hovedsak har vært karakterisert av én innsatsfaktor, har EF-domstolen ofte lagt utslagsgivende vekt på denne.<sup>60</sup>

Dersom virksomheten er karakterisert av materielle aktiva, vil en overtakelse av ”en vesentlig del ” av disse normalt være tilstrekkelig til at det foreligger en virksomhetsoverdragelse, forutsatt at aktiviteten videreføres.<sup>61</sup> I tilfeller der virksomheten er karakterisert av ansatte, gjelder tilsvarende der en ”vesentlig” eller ”betydelig del” av de ansatte med henhold til antall og kvalifikasjoner er overført.<sup>62</sup> Det er usikkert om det kan foretas en motsatt konklusjon, slik at det ikke kan foreligge en virksomhetsoverdragelse dersom det ikke er overført en ”vesentlig del” av de ansatte eller aktiva.<sup>63</sup> Süzen tyder på at det må være overført en vesentlig del for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse.

---

<sup>57</sup> Ot.prp.49(04-05) s.257, sak 24/86 (Spijkers).

<sup>58</sup> Se Rt-2001-248, Rt-2006-71.

<sup>59</sup> Begrepet er også brukt i Vågen (2004).

<sup>60</sup> Rt-2006-71.

<sup>61</sup> Se f.eks.C-13/95(Süzen).

<sup>62</sup> Se f.eks.C-13/95(Süzen).

<sup>63</sup> C-340/01(Sodexho) tyder på at det kan foreligge en virksomhetsoverdragelse, selv om ikke en vesentlig del av aktiva er overtatt.

Det vil i så fall innebære at det i realiteten ikke vil bli foretatt noen helhetsvurdering. Det synes som om domstolene har gått noe bort fra dette skillet i senere avgjørelser.<sup>64</sup> Hvilken løsning som legges til grunn, vil ha betydning for hvilken vekt omgåelse kan tillegges.

I blandingsvirksomheter kan flere momenter veie tungt. I følge Høyesterett skal det, når man står ovenfor en blandingsvirksomhet, foretas en samlet bedømmelse av alle de faktorer EF-domstolen har funnet relevante.<sup>65</sup> Det er meget vanskelig å si noe generelt om momentenes vekt, da det skal foretas en konkret helhetsvurdering hvor hver virksomhet vil være ulikt sammensatt og karakterisert av ulike innsatsfaktorer.

Det har følgelig stor betydning hvilken faktor retten kommer til at er karakteriserende for virksomheten. Resultatet er heller ikke alltid like opplagt. Et eksempel som illustrerer dette er C-72/99 (Liikienne). Denne saken omhandlet overføring av konsesjon til å betjene bussruter. Kommisjonen og domstolen hadde ulik oppfatning av hva som var den dominerende faktor, sjåførene eller bussene. Hvilken faktor virksomheten anses karakterisert av, vil kunne få avgjørende betydning for om vernereglene får anvendelse eller ikke. EF-domstolen kom til at virksomheten var karakterisert av fysiske aktiva, ikke de ansatte. Da bussene ikke hadde blitt overført, ble resultatet i Liikienne at det ikke forelå virksomhetsoverdragelse.

I SAS-Braathens viser Høyesterett innledende til flere dommer fra EF- og EFTA-domstolen. Retten siterer hva domstolene la vekt på i disse sakene, uten å komme inn på hvilke faktorer virksomhetene var karakterisert av. Dette samsvarer ikke med praksis fra EF- og EFTA-domstolene, da vekten av de ulike momenter vil variere med hva virksomheten er karakterisert av. Dette uttaler også Høyesterett senere i SAS-Braathens.

---

<sup>64</sup> Se C-340/01 (Sodexho), Rt-2006-71. Se også Bårdsen(2004) s.70.

<sup>65</sup> Rt-2006-71.

### 3.4 Om det er overført fysiske aktiva

Med fysiske aktiva menes lokaler, utstyr og annet løsøre. Høyesterett fant i SAS-Braathens at det ikke er antall, men verdi som er relevant.<sup>66</sup> Dette vil kunne gjøre det vanskeligere å omgå reglene. Dersom det legges vekt på antall gjenstander, vil det være lettere å omgå reglene, ved å la være å overta mindre betydningsfulle gjenstander. Reelle hensyn taler også for dette resultat. En stol og en postsekk karakteriserer ikke en virksomhets identitet slik som en verdifull produksjonsmaskin gjør. EF-domstolen fant i C-340/01 (Sodexho), at det vil tale for virksomhetsoverdragelse selv om de overførte aktiva er eid av en tredjemann, og erverver bare har disposisjonsrett til dem. Dette syn er også lagt til grunn i senere avgjørelser.<sup>67</sup>

Det er ikke et relevant moment som taler mot virksomhetsoverdragelse at erverver ikke har noen økonomisk interesse i å overta de fysiske aktiva.<sup>68</sup> Det synes etter dette å være av betydning for identiteten om de materielle aktiva er overtatt, uavhengig av om de i realiteten *må* overtas. Et eksempel på dette kan være innsjekkingsfasiliteter på en flyplass eller kantinefasiliteter.

### 3.5 Verdien av immaterielle aktiva

Immaterielle aktiva har vært et av de få momenter i identitetsvurderingen som har vært lite problematisert i rettspraksis og i teorien. Varemerker, patenter, design og goodwill er ofte det erverver ønsker å overta ved oppkjøp av virksomhet, og det vil derfor ikke være i erververs interesse å unnlate å overta immaterielle rettigheter for å omgå direktivet. Immaterielle aktiva er som regel ikke like lette å erstatte som arbeidstakere og fysiske aktiva. I enkelte bransjer kan imidlertid nøkkelpersonell være vel så viktig som immaterielle aktiva. Et eksempel kan være databransjen, der fagkunnskapen er høy, og et varemerke kan være mindre verdt. I slike tilfeller kan forsøk på omgåelse være praktisk.

---

<sup>66</sup> Se også Evju (2006) s.61.

<sup>67</sup> C-232/04- 233/04(Kötter) og Rt-2006-71.

<sup>68</sup> C-232/04- 233/04(Kötter).

### 3.6 Om kundekretsen overtas

I følge rettspraksis er det et viktig moment om kundekretsen overtas. Høyesterett la i SAS-Braathens vekt på at samme kundekrets ble betjent. I C-171/94, C-172/94 (Mercx), som omhandlet overgang av forhandlerrett for biler, la EF-domstolen stor vekt på at overdrager anbefalte sine kunder å gå over til erverver, som overtok forhandlerretten. Det var ikke overført en betydelig del av de ansatte, og ingen materielle eiendeler var overført. Retten kom likevel til at det forelå en virksomhetsoverdragelse. I forhold til omgåelsesspørsmålet er det ikke særskilt problematisk å legge vekt på overtagelse av kundekretsen. Erverver vil normalt ha interesse i å overta kundekretsen, og denne vil være vanskelig å erstatte. Dermed vil erverver ikke la være å overta kundekretsen for å omgå reglene.

### 3.7 Kontinuitet

Om virksomhetens aktivitet er videreført uten opphold, er et moment som taler for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Problemstillingen er om det foreligger en fortsatt bestående økonomisk enhet.<sup>69</sup> I forarbeidene er det angitt som vurderingstema hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt.<sup>70</sup> I Rt-1997-954 (Løten) fant Høyesterett at et opphold i aktiviteten på en måned ikke kunne tillegges vekt i retning av at det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse. EF-domstolen fant i sak 287/86 (Ny Mølle Kro), at selv om det ikke var ansatt noen personer på overføringstidspunktet, var det ikke tilstrekkelig til at direktivet ikke kunne få anvendelse, da det var tale om en sesongdrevet virksomhet som bare var midlertidig lukket. I teorien er det angitt at i grensetilfelle må det blant annet legges vekt på varigheten og årsaken til driftsstansen.<sup>71</sup>

### 3.8 Overtatte arbeidstakere

I virksomheter karakterisert av arbeidstakere, typisk serviceyrker, vil en overtagelse av en vesentlig del av de ansatte med henhold til antall og kvalifikasjoner, være et moment som

---

<sup>69</sup> Fougner/Holo(2006) s.900.

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257.

<sup>71</sup> Fougner/Holo(2006) s.900.

taler klart for virksomhetsoverdragelse<sup>72</sup>. I SAS-Braathens synes Høyesterett å avvike fra tidligere praksis, da domstolen ikke vurderte arbeidstakernes kvalifikasjoner.

EF-domstolen uttalte i Sodexho at det stred mot direktivets formål å legge vekt på om de ansatte var overført i en virksomhet karakterisert av materielle aktiva. Det synes som om momentet fortsatt er relevant der virksomheten er karakterisert av ansatte.<sup>73</sup>

Å legge vekt på overtagelse av ansatte i identitetsvurderingen har blitt kritisert, både i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven og i teorien.<sup>74</sup> Kritikken går ut på at det å legge vekt på om ansatte blir overført i realiteten er et sirkelresonnement. Momentet opptrer både på vilkår- og virkningsiden. Reglens formål er å beskytte arbeidstakere mot å miste jobben og få dårligere arbeidsvilkår. Da er det et paradoks at arbeidsgiver kan velge å ikke overta arbeidstakerne, og at dette vil tale mot at reglene som skal beskytte arbeidstakerne mot nettopp å miste arbeidet får anvendelse.

I forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven uttaler departementet at det er opp til domstolene om det fortsatt skal være relevant å legge vekt på overføring av ansatte.<sup>75</sup>

I følge Høyesterett har EF-domstolen som oftest lagt utslagsgivende vekt på de faktorer som karakteriserer virksomheten<sup>76</sup>. Etter Süzen er det klart at det ikke er tilstrekkelig i seg selv å overføre aktiviteten i en virksomhet. Dersom en virksomhet er karakterisert av ansatte, og kun et fåtall er overtatt, vil dette mest sannsynlig medføre at overføringen ikke blir regnet som en virksomhetsoverdragelse.

---

<sup>72</sup> Ot.prp. nr 49(04-05) s.257, E-2/04(Total), C-13/95(Süzen).

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257.

<sup>74</sup> NOU-2004:5 s.365-367, Ot.prp.nr.49(04-05) s.257-258, Klingsten (2002) s.58-64.

<sup>75</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.258.

<sup>76</sup> Rt-2006-71.



### 3.9 Andre momenter

Momentene jeg har presentert ovenfor er ikke uttømmende.<sup>77</sup> Et moment som i følge Høyesterett er relevant, er om det foreligger et interessefelleskap mellom overdrager og erverver.<sup>78</sup> Dette vil jeg behandle nærmere under omgåelsesvurderingen i punkt 5.

## 4 Hensyn bak og betydningen av å legge vekt på omgåelseshensikt

### 4.1 Innledning

I utgangspunktet har parter avtalefrihet til å inngå avtaler om overføring av virksomheter. Spørsmålet er om denne avtalefriheten bør begrenses av hensyn til arbeidstakernes vern. Under drøftelsen nedenfor vil de hensyn som taler for og mot å legge vekt på omgåelseshensikt i identitetsvurderingen bli presentert.

### 4.2 Direktivets formål

Formålet med virksomhetsoverdragelsesreglene er å beskytte arbeidstakerne mot partenes disposisjoner ved virksomhetsoverdragelse<sup>79</sup>. Det er et viktig hensyn at formålet med reglene realiseres, og at reglene virker etter sin hensikt. Effektivitetshensynet taler for at omgåelse av reglene bør vektlegges i identitetsvurderingen, eventuelt at det oppstilles en gjennomskjæringsregel for tilfeller av omgåelse.

Jakhelln uttaler om dette som følger:

*”Reglenes formål tilsier også at forskjellige former for samspill mellom oppdragsgiver og en eller flere anbydere med sikte på å omgå disse regler eller svekke de ansattes situasjon*

---

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257 og sak 24/86(Spijkers).

<sup>78</sup> Rt-2006-71.

<sup>79</sup> Direktiv 2001/23/EF, betraktning 3.

*ikke vil være rettmessig. For øvrig må det imidlertid legges til grunn at oppdragsgiver står fritt til å sette eller ikke sette de vilkår som måtte anses hensiktsmessige.*”<sup>80</sup>

Overdrager vil være i et langvarig kontraktsforhold med arbeidstaker som følge av arbeidsavtalen. Den ulovfestede lojalitetsplikt i kontraktsforhold taler derfor også for at det bør kunne legges vekt på om overdrager har søkt å omgå reglene.

#### 4.3 Samfunnsøkonomiske hensyn

Samfunnsøkonomiske hensyn taler ikke entydig for eller mot å legge vekt på omgåelse ved vurderingen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven.

Dersom arbeidsgiver ikke ønsker å overta ansatte, enkelte ansatte, eventuelt ikke å overta dem på de vilkår som følger av deres individuelle arbeidsavtaler, kan alternativet til overdragelse være at transaksjonen ikke blir noe av. Dette vil ofte være samfunnsøkonomisk uheldig, noe som i særlig grad synliggjøres der den overdragende virksomhet står i fare for å gå konkurs.

Ved skifte av kontraktsinnehaver kan det å legge vekt på omgåelse hemme den frie konkurranse. Dersom erverver ikke ønsker å overta de ansatte fra tidligere kontraktsinnehaver, og heller ikke vil ha muligheter til å tilpasse seg slik at reglene ikke får anvendelse, vil det kunne bli dyrere for oppdragsgiver å få en ny kontraktsinnehaver. Dette vil spesielt kunne være tilfelle i et dårlig arbeidsmarked, der erverver ønsker å beskjeftige sine egne arbeidstakere, eller dersom overdrager har drevet ineffektivt, med for mange ansatte, for høye lønninger eller arbeidere uten tilstrekkelige kvalifikasjoner. Alternativet kan være å tilpasse seg reglene for å unngå at virksomhetsoverdragelsesreglene får anvendelse.

Samfunnsøkonomiske hensyn taler som sagt på den annen side også for at omgåelse bør vektlegges. At det oppnås stabilitet i ansettelsesforholdene er et viktig hensyn. Dette gjør

---

<sup>80</sup> Jakhelln(2006) s.510.

seg spesielt gjeldende ved overdragelser som innebærer skifte av kontraktsinnehaver. Dersom kontraktsperiodene er korte, vil dette medføre ustabilitet og arbeidstakerne vil ofte stå i fare for å bli nedbemannet. Verken oppdragsgiver eller erverver vil ha noe direkte forhold til overdragers arbeidstakere. Dette kan innebære at det i slike tilfeller kan foreligge insentiv til å omgå reglene.

## **5 Er omgåelseshensikt relevant i identitetsvurderingen?**

### **5.1 Innledning**

I dette kapittelet vil det foretas en drøftelse av spørsmålet om det er relevant i forhold til identitetsvurderingen at partene har søkt å omgå virksomhetsoverdragelsesreglene. Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 16-1 gir ikke noen veiledning angående omgåelsesspørsmålet. Forarbeidene vurderer derimot spørsmålet om omgåelseshensikt er og bør være et relevant moment i identitetsvurderingen. I forbindelse med utarbeidelsen av arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 foretok arbeidslivslovutvalget i NOU 2004:5 en vurdering av omgåelsesspørsmålet. Utvalget delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet mente at etter Høyesteretts dom i Olderdalen var rettstilstanden slik at det ikke var relevant å legge vekt på omgåelse i identitetsvurderingen. Flertallet uttalte:

*”Utvalget har også vurdert om reglenes anvendelsesområde bør utvides på bakgrunn av Høyesteretts tolkning og anvendelse av reglene og kravet til identitet i Olderdalen-dommen (Rt-2001-248). Det kan hevdes at mulighetene for arbeidsgiver til å omgå de vernehensyn som ligger bak reglene er store ved at den nye innehaver kan avgjøre om forholdet skal komme inn under reglene om virksomhetsoverdragelse eller ikke.”<sup>81</sup>*

*”Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om det bør innføres en regel som gir mulighet til å skjære gjennom i tilfeller hvor det er grunn til å tro at manglende overtagelse av*

---

<sup>81</sup> NOU-2004:5 s.364.

*eksempelvis ansatte eller aktiva, er motivert i å unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse.”*<sup>82</sup>

Det fremgår av utdraget at utvalgets flertall mente at det på dette tidspunkt ikke eksisterte en slik gjennomskjæringsregel i norsk rett. Utvalgets flertall uttalte at Høyesteretts tolkning i Olderdalen, og de mulighetene dommen skapte for arbeidsgiver i forhold til å omgå reglene ved identitetsvurderingen, foranlediget at det burde:

*”vurderes om kravet til ”identitet” etter overdragelsen i enkelte tilfeller bør reduseres eller endres, for eksempel ved kontraktsutsetting og skifte av kontraktsinnehaver, herunder ved anbud.”*<sup>83</sup>

Flertallet i arbeidslivslovutvalget konkluderte med at den videre rettsutviklingen burde skje gjennom rettspraksis, og foreslo ikke noen lovendring som utvidet reglenes anvendelsesområde.<sup>84</sup> I Ot.prp.nr.49 (2004-2005) konkluderte departementet med at det var opp til rettspraksis å utvikle rettstilstanden angående spørsmålet om overtagelse av ansatte fortsatt skulle være et relevant moment i forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse.<sup>85</sup>

Mindretallet i Arbeidslivslovutvalget kritiserte flertallet for deres forståelse av Olderdalen. Mindretallet uttalte:

*”Etter mindretallets forståelse innebærer Høyesteretts dom likevel ingen oppskrift på hvordan arbeidsgiverne kan omgå bestemmelsene i kapittel XII A ved å unnlate å overta ansatte. De hensyn som ligger bak disse reglene ville i så fall blitt illusoriske.”*<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> l.c.

<sup>83</sup> l.c.

<sup>84</sup> ibid. s.366.

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.258.

<sup>86</sup> NOU-2004:5 s.366.

På bakgrunn av drøftelsen og uenigheten i forarbeidene angående tolkningen og betydningen av Høyesteretts dom i Olderdalen, blir det naturlige utgangspunkt for drøftelsen av om det er relevant å legge vekt på omgåelseshensikt, å se hva som kan utledes av Olderdalen.

## 5.2 Olderdalen

I Olderdalen var saksforholdet at et ambulansefirma, Kåfjord Ambulanseservice AS, hadde sagt opp sin avtale med fylkeskommunen. Avtalen ble så overtatt av et nytt firma, Olderdalen ambulanse. To av tre ansatte i Kåfjord Ambulanseservice hadde fått tilbud om ansettelse i Olderdalen ambulanse, på det ulovlige vilkår at de ikke fagorganiserte seg. Arbeidstakerne aksepterte tilbudet om ansettelse, men tok forbehold i forhold til det ulovlig oppsatte vilkår. Av materielle aktiva ble garasjeplass, hjertemaskin og sambandsutstyr overført. Disse var stilt til disposisjon av oppdragsgiver. Ambulansen ble derimot ikke overført. Kundekretsen og aktiviteten ble videreført uten endringer. Høyesterett fant at ambulansevirkksomhet var en virksomhet karakterisert av både aktiva og de ansatte, altså en blandingsvirksomhet. Om identitetsvurderingen uttalte Høyesterett:

*”Når verken ansatte eller bil var med ... har det heller ikke skjedd noen virksomhetsoverdragelse som kan gi Mo og Dalvik vern etter direktivet, og dermed heller ikke etter arbeidsmiljøloven kapittel XII A.”<sup>87</sup>*

Retten tok ikke stilling til om en overtagelse av de ansatte ville vært avgjørende for utfallet av identitetsvurderingen. Høyesterett uttalte videre:

*”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse AS hadde forholdt seg på annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende*

---

<sup>87</sup> Rt-2001-248 s.257.

*innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene. Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.”<sup>88</sup>*

Saksforholdet i Olderdalen var ikke slik som i de typiske omgåelsessaker. De to arbeidstakerne var faktisk tilbudt ansettelse, men siden de tok forbehold ved aksepten, ble de ikke ansett overført. Retten fant at når ingen av de to viktigste innsatsfaktorene, ambulansen eller arbeidstakerne var overført, forelå det ikke noen virksomhetsoverdragelse. Det var på denne bakgrunn Høyesterett uttalte at i en slik situasjon kunne det ikke sees hen til hvorfor de ansatte ikke hadde blitt overført. Det Høyesterett etter en naturlig språklig forståelse direkte uttaler seg om, er at domstolen ikke kan skjære gjennom og anse ansettelsesavtalene som inngått, og dermed arbeidstakerne som overført, selv om det var et usaklig og ulovlig vilkår som var årsaken til at de ikke ble overført.

Det er ikke noe i faktum som tyder på at erverver med det ulovlig oppstilte vilkår, hadde til formål å unngå at direktivet fikk anvendelse, med andre ord å omgå reglene. Formålet var at erverver ikke ønsket at arbeidstakerne skulle fagorganisere seg. Derfor kan Olderdalen neppe sees på som noe rent prejudikat for at omgåelsesmotiv ikke kan tillegges vekt. Dette fremgår også av siste setning i Høyesteretts uttalelse:

*”Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.”<sup>89</sup>*

Denne uttalelsen tyder på at Høyesterett i den foregående drøftelsen ikke har ment å ta direkte stilling til de klassiske omgåelsestilfellene hvor erverver og overdrager tilpasser hva

---

<sup>88</sup> Rt-2001-248 s.257.

<sup>89</sup> Rt-2001-248 s.257.

som overføres for å omgå reglene. Høyesterett uttaler ikke noe om hvor langt avtalefriheten går, og heller ikke om denne begrenses av omgåelse. Høyesteretts uttalelser i dommen er imidlertid så generelle at de kan tolkes slik at de favner så vidt at de også rammer omgåelse. Rettens uttalelser kan tyde på at resultatet ville blitt det samme selv om formålet var å omgå reglene. Høyesterett kom til at det forelå diskriminering på grunnlag av at erverver oppstilte et vilkår om at arbeidstakerne ikke fagorganiserte seg. Retten viste til at den normale beføyelse i slike tilfeller er erstatning.<sup>90</sup>

Olderdalen kan tolkes på flere ulike måter. Uttalelsene i dommen satte, tilsiktet eller ikke, omgåelsesspørsmålet på dagsordenen.

Rettens uttalelser i Olderdalen har av flertallet i arbeidslivslovutvalget og i en underrettsdom, vært tolket slik at det ikke er relevant hvilket motiv som ligger bak partenes disposisjoner.<sup>91</sup> Olderdalen er kritisert i teorien<sup>92</sup>, og enkelte mener at man ikke kan utlede av Olderdalen at hensikt ikke er relevant i identitetsvurderingen.<sup>93</sup> Hålogaland lagmannsretts dom av 18.juni 2001 legger til grunn Olderdalens syn.<sup>94</sup> Oslo tingretts dom av 13. juli 2003 går noe lenger enn det Høyesterett gjør. Tingretten uttaler at hvilken motivasjon eller siktemål som ligger bak overføringen, ikke er avgjørende for om det foreligger virksomhetsoverdragelse. Dommen har liten rettskildemessig verdi. I teorien er det vist til at tingrettsdommen går lenger enn det Høyesterett gjorde i Olderdalen.<sup>95</sup>

Henvisningen til EU-praksis gjør det nødvendig å foreta en gjennomgang av de dommer fra EF- og EFTA-domstolene som behandler relevansen av omgåelseshensikt.

---

<sup>90</sup> Høyesterett viste til likestillingsloven § 17.

<sup>91</sup> NOU-2004:5 s. 364-365, Rg-2003-1342.

<sup>92</sup> NOU-2004:5 s.364-366. Vågen (2004) s.247, 251-252.

<sup>93</sup> Vågen (2004) s.252.

<sup>94</sup> RG-2001-1438.

<sup>95</sup> Vågen(2004) s.252.

### 5.3 Praksis fra EF- og EFTA-domstolen før Olderdalen

#### 5.3.1 Innledning

Det er avsagt flere prinsipielle og viktige dommer om identitetsvilkåret før Olderdalen. Disse har fortsatt relevans, men jeg har valgt å skille dem ut til egen behandling på grunn av Høyesteretts uttalelser i Olderdalen. Høyesterett uttalte i Olderdalen:

*”Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet med egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygd gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA- domstolene.”<sup>96</sup>*

Det er derfor relevant å se hva disse dommene uttaler i forhold til omgåelsesspørsmålet. Dette vil kunne bidra til å belyse spørsmålet om Høyesterett mente å ta stilling til omgåelsestilfellene i Olderdalen.

Høyesterett siterte innledende i Olderdalen fra enkelte dommer og rådgivende uttalelser avsagt av EF- og EFTA-domstolene. Ingen av disse uttalte seg om relevansen av omgåelseshensikt. Sitatene gjaldt hvor mye som måtte være overført for at en virksomhet kunne anses å ha beholdt sin identitet etter overdragelsen. Derimot uttalte Generaladvokaten seg om omgåelsesspørsmålet i flere av disse sakene. Det er derfor relevant å se om EF-domstolen i disse sakene viser til og støtter sine resonnementer på Generaladvokatens forslag til avgjørelse. I så fall vil uttalelsene gjennom dommene kunne få betydelig vekt<sup>97</sup>. Hvis ikke vil uttalelsene få mindre vekt, men vil samlet sett likevel kunne tyde på at omgåelseshensikt er relevant i identitetsvurderingen.

---

<sup>96</sup> Rt-2001-248 s.257.

<sup>97</sup> Se redegjørelsen for generaladvokatens uttalelsers vekt ovenfor i punkt 2.4.



### 5.3.2 Helhetsvurdering - må ta hensyn til samtlige omstendigheter ved overdragelsen.

Den grunnleggende dom om tolkingen av identitetsvilkåret er EF-domstolens avgjørelse i Spijkers. I Spijkers oppstilte EF-domstolen de såkalte Spijkers-kriteriene, som også Høyesterett viste til i Olderdalen. Det som er viktig å merke seg, er hva domstolen uttaler før og etter oppstillingen av kriteriene. Domstolen uttalte følgende i forhold til identitetsvurderingen:

*”Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder ...[Spijkers-kriteriene].”<sup>98</sup>*

Videre uttaler EF-domstolen:

*”..alle disse omstendigheter [Spijkers-kriteriene] kun kan indgå som enkelte momenter i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret.”<sup>99</sup>*

Det EF-domstolen uttaler, er at domstolene ikke kan begrense seg til å vurdere den ”smørbrød-listen” som domstolen her har listet opp. Derimot må det tas hensyn til alle omstendigheter rundt overdragelsen.<sup>100</sup> Dette fremgår av en naturlig språklig forståelse, da domstolen bruker uttrykket ”herunder”, og så lister opp de såkalte Spijkers-kriteriene. Det er presisert i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005, i flere senere avgjørelser, og i teorien at Spijkers-kriteriene ikke er uttømmende.<sup>101</sup>

Siden det skal foretas en helhetsvurdering, hvor det skal tas hensyn til samtlige omstendigheter omkring avhendelsen, taler det for at også omgåelse må være relevant i

---

<sup>98</sup> Sak-24/86(Spijkers) Premiss 13.

<sup>99</sup> Sak-24/86(Spijkers) Premiss 13

<sup>100</sup> Se også bl.a. Rt-1997-1954.

<sup>101</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257, E-2/04(Total), Bårdsen(2004) s.70.

helhetsvurderingen. Generaladvokaten uttalte følgende omgåelsesspørsmålet i sitt forslag til avgjørelse i Spijkers:

*”Det er klart, at der kan være tilfælde, hvor de fysiske aktiver eller dele af dem overtages, uden at køberen på nogen måde har til hensigt at videreføre den pågældende virksomhed, men det må i så fald nøje undersøges, om handelen ikke er et forsøg på at omgå direktivets regler om beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder.”<sup>102</sup>*

Av Generaladvokatens uttalelse fremgår det at han mener omgåelse er relevant i identitetsvurderingen. Han drøfter ikke om omgåelseshensikt bør tillegges vekt, men sier at det må ”nøje undersøges” om det foreligger et forsøk på omgåelse. Når Domstolen uttaler at det skal tas hensyn til samtlige omstendigheter rundt avhendelsen, synes det å være en naturlig tolkning, Generaladvokatens uttalelse tatt i betraktning, at det også er relevant å legge vekt på omgåelse i identitetsvurderingen.

I Olderdalen siterte Høyesterett flere avsnitt fra Süzen. Dommen har vært ansett å innebære en innstramming i direktivets anvendelsesområde. I følge Süzen er det en forutsetning for at identiteten skal være i behold ved trepartsoverføring av rengjøringskontrakt, at det er overført en ”vesentlig del” av de ansatte eller aktiva,<sup>103</sup> og at ved virksomheter karakterisert av ansatte, må en betydelig del være overført for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Tolkingen av Süzen vil således kunne få betydning for hvilken vekt omgåelse skal tillegges, men ikke om det er relevant å legge vekt på omgåelse.

Süzen har vært anført som den dommen fra EF-domstolen som gjør det problematisk å legge vekt på omgåelse. Dommen har vært gjenstand for en grundig drøftelse av engelske domstoler, som legger betydelig vekt på omgåelse i identitetsvurderingen.<sup>104</sup> Den første saken hvor Court of Appeal la vekt på omgåelse var [1999]I.C.R.1162, (ECM). Retten fant

---

<sup>102</sup> Sak-24/86(Spijkers) gen.adv. avsnitt 12.

<sup>103</sup> Det er usikkert om uttalelsene i Süzen kan gis generell anvendelse.

<sup>104</sup> Se bl.a.[1999] I.C.R.1162(ECM), [2001]IRLR542(ADI).

at betydningen av Süzen var overdrevet. Etter rettens oppfatning innebar Süzen bare en presisering av direktivets rekkevidde. Det skulle fortsatt foretas en helhetsvurdering, og erververs hensikt var et relevant moment i denne vurderingen. Retten konkluderte:

*“The Tribunal was entitled to have regard, as a relevant circumstance, to the reason why those employees were not appointed by ECM. The Court of Justice has not decided in Suzen or any other case that this is an irrelevant circumstance or that the failure of the transferee to appoint any of the former employees of the transferor points conclusively against a transfer.”*<sup>105</sup>

EF- domstolen har flere ganger uttalt at det skal foretas en helhetsvurdering, og at Spijkers-momentene ikke er uttømmende. Court of Appeal påpeker korrekt at EF-domstolen aldri har sagt at det ikke er relevant at det foreligger en hensikt eller forsøk på å omgå reglene, ei heller i Süzen.<sup>106</sup>

### 5.3.3 Formålsfortolking

EF-domstolen uttaler nærmest i alle saker om virksomhetsoverdragelse at formålet må tillegges stor betydning ved tolkningen av reglene. I Ny mølle kro kom domstolen med en generell uttalelse angående tolkningen av direktivet:

*”Det fremgaar af samtlig disse betragtninger og bestemmelser, at direktivet har til formaal at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes i videst mulig omfang, naar virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne foelge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver paa de vikaar, der var aftalt med overdrageren.”*<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> [1999] I.C.R.1162. premiss(6).

<sup>106</sup> [2001] IRLR542.(ADI) premiss 43.

<sup>107</sup> 287/86(Ny mølle kro) premiss 12.

Domstolen uttalte at formålet er at arbeidstakernes rettigheter skal opprettholdes ”i videst mulig omfang”. Det foreligger to ulike tolkningsalternativer. Det ene er at selve rettighetene skal opprettholdes videst mulig, og det andre tolkningsalternativet er at rekkevidden av disse, altså direktivets anvendelsesområde skal være videst mulig. Engelske Court of Appeal har lagt til grunn sistnevnte tolkningsalternativ, at direktivet skal tolkes utvidende for å beskytte arbeidstakerne så langt som mulig, og at dette igjen må få betydning for identitetsvurderingen. Court of Appeal har brukt denne uttalelsen som støtte for at det kan legges vekt på omgåelse, på tross av at EF-domstolen heller ikke i denne dommen uttaler seg direkte om omgåelsesspørsmålet.<sup>108</sup>

#### 5.3.4 Fremgangsmåte og bakgrunnen for overdragelsen

I E-2/95 (Stavanger Catering) uttalte EFTA-domstolen:

*”Det kan også være et vurderingstema om overtakelsen av ansatte er begrunnet i et ønske om å fortsette samme virksomhet som tidligere, eller bare er uttrykk for en hensiktsmessig måte for den nye tjenesteyter å dekke sitt økte behov for arbeidskraft for å oppfylle den nye kontrakten. I forbindelse med dette kan det tale for det første alternativet dersom overtakelse av arbeidstakere er et vilkår for overdragelsen, mens en utlysning av ledige stillinger på den nye arbeidsgivers vilkår, der alle søkere stiller likt, kan tale for det andre alternativet. Av denne grunn kan fremgangsmåten og grunnlaget for overdragelse av de ansatte være av betydning for den totalvurderingen som skal foretas.”*<sup>109</sup>

Det fremgår av denne uttalelsen at EFTA-domstolen ikke bare tar hensyn til hva som har blitt overført, slik som Høyesterett synes å gjøre i Olderdalen. EFTA-domstolens uttalelser i Stavanger catering og E-2/96 (Ulstein) viser at det kan være relevant hvorfor arbeidstakerne ble overført. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 er vurderingstemaet presisert til hvorvidt overtakelsen var begrunnet i et ønske om å

---

<sup>108</sup> [2001]IRLR542(ADI) premiss 42.

<sup>109</sup> E-2/95(Stavanger Catering) premiss 44. Tilsvarende E-2/96(Ulstein).

videreføre samme virksomhet som tidligere, eller om det bare var en hensiktsmessig måte å dekke et økt behov for arbeidskraft på.<sup>110</sup>

### 5.3.5 Konsernforhold/interessefellesskap

EF-domstolens dom i C-234/98 (Allen) gjaldt et konsernforhold. ACC og AMS var begge datterselskaper i samme konsern. ACC hadde satt ut kontrakter i underentreprise til AMS. ACC sa opp en rekke av sine ansatte, som alle fikk ansettelse i ACC på langt dårligere lønnsvilkår. Etter en stund bestemte oppdragsgiver at lønnsvilkårene i ACC var for dårlige. De måtte heves for å motivere arbeidstakerne. Ved inngåelse av ny kontrakt bestemte derfor ACC at de ikke skulle gi kontrakten i underentreprise til AMS. ACC gjenansatte dermed sine tidligere ansatte som var gått over til AMS. De overførte arbeidstakerne fikk bedre vilkår enn de hadde hatt i AMS, men dårligere enn det de opprinnelig hadde hatt i ACC. Arbeidstakerne gikk dermed til sak for å få de samme lønns- og arbeidsforhold som de opprinnelig hadde hatt hos ACC. Generaladvokaten anførte i premiss 42:

*”Efter min oppfattelse afskedigede dette selskab ikke alene sine ansatte, fordi det- når det agtede at give arbejdet i underentreprise til AMS-ikke lengre ville få brug for dem, men tilsynelatende også for at AMS kunne råde over den nødvendige specialiserede arbejdskraft til at opfylde kontrakterne uden selv at skulle søge. Det kan derfor ikke udelukkes, at selskabet havde til hensigt at unddrage sig de forpliktelse, som følger af direktivet, da det alt efter behovet i forbindelse med arbejdet overførte arbejdstagere fra det ene selskab til den andet med henblik på at nedbringe arbejdskraftomkostningerne ved hjælp af lønnedgangen.”<sup>111</sup>*

EF- domstolen uttalte at transaksjoner ofte er komplekse, både juridisk og faktisk, og derfor må sees i sin helhet. Videre uttalte domstolen:

---

<sup>110</sup> NOU-2004:5 s.361.

<sup>111</sup> C-234/98(Allen) Gen.adv. premiss 42.

*”... afskedigelsen af ACC`s arbejdstagere og AMS` ansættelse af dem klart havde sammenhæng med ACC`s beslutning om at give AMS det pågældende arbejde i underentreprise. Da ACC igen besluttede at udføre anlægsarbejdet selv, genansatte selskabet de arbejdstagere, som havde været ansat hos AMS. Under disse omstændigheder kan det herefter ikke tillægges afgørende vægt, at det tidspunkt hvor det arbejde, der var givet AMS i underentreprise, blev påbegyndt, ikke faldt sammen med det tidspunkt, hvor AMS overtok ACC`s arbejdstagere.”<sup>112</sup>*

Som i de tidligere saker uttaler heller ikke her domstolen seg direkte om relevansen av omgåelseshensikten. Det domstolen gjør, er å se på transaksjonen og foreta en reell vurdering av hele saksforholdet. Retten uttalte at når saksforholdet var slik som det var, kunne man ikke legge vekt på tidsforskjellen. Det synes som om domstolen anså bakgrunnen for hvorfor disposisjonen ble foretatt som relevant. Sett opp mot Generaladvokatens uttalelser tyder dette på at domstolen legger vekt på at direktivet ikke skal kunne omgås, og gjør dette ved å tolke regelen utvidende. Dette synes å innebære at retten går lenger enn det Høyesterett gjorde i Olderdalen.

### 5.3.6 Sammenfatning

EF- og EFTA-domstolen har flere ganger uttalt at det skal foretas en helhetsvurdering, hvor alle faktiske omstendigheter omkring transaksjonen skal vurderes. Videre har domstolen gjentatte ganger uttalt at direktivet skal tolkes på bakgrunn av sitt formål.<sup>113</sup> Departementet uttalte i Odelstingsproposisjonen:

*”Departementet presiserer at reglenes formål som er å sikre opprettholdelse av de overførte arbeidstakernes stillingsvern og andre lønns- og arbeidsvilkår, fortsatt vil være en sentral tolkningsfaktor i tvilstilfeller”.*<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> C-234/98(Allen) premiss 32.

<sup>113</sup> Se bl.a Rt-1997-1965, C-340/01(Sodexho), C-458/05(Jouini).

<sup>114</sup> Ot.prp.nr.49 s.259.

Olderdalen gjaldt ikke et tvilstilfelle. Ingen av de faktorene som karakteriserte virksomheten, ansatte eller ambulansen, var overdratt. Uttalelsene i Olderdalen må sees på bakgrunn av de faktiske omstendighetene i saken. Det var verken overført ansatte eller betydelige aktiva. Det måtte i Olderdalen oppstilles en gjennomskjæringsregel, der omgåelse måtte tillegges meget stor vekt, for at det skulle foreligge en virksomhetsoverdragelse. Det er på denne bakgrunn Arbeidslivslovutvalget uttalte at det måtte vurderes om det skal innføres en gjennomskjæringsregel der det foreligger en omgåelse av direktivet.

Det følger av rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen at det kan være et relevant moment hvorfor de ansatte ble overført.<sup>115</sup> EF- og EFTA-domstolene har også flere ganger uttalt at direktivet må tolkes utvidende for at reglene ikke skal kunne omgås. Domstolene har ikke uttalt direkte at omgåelseshensikt er et relevant moment i identitetsvurderingen, men flere av Generaladvokatens forslag til avgjørelser uttaler at omgåelseshensikt er et relevant moment. Disse uttalelsene har imidlertid liten vekt i seg selv. Selv om domstolene ofte kommer til samme resultat som Generaladvokaten, unngår de å uttale direkte at det legges vekt på omgåelse ved hjelp av formuleringer som ”*Under disse omstendigheder....*”<sup>116</sup> Det er de nasjonale domstolars oppgave å ta stilling til alle relevante faktiske omstendigheter. Mye tyder på at også omgåelse er en relevant faktor.

#### 5.4 Foreligger det en utvikling angående omgåelsesspørsmålet etter Olderdalen?

##### 5.4.1 Innledning

I forarbeidene til aml. av 2005 heter det at det er opp til domstolene å utvikle rettstilstanden angående omgåelsesspørsmålet.<sup>117</sup> Uttalelsene i forarbeidene synes også å kunne åpne opp for at norske domstoler kan innføre et bedre vern enn det som følger av minimumsvernet

---

<sup>115</sup> E-2/95(Stavanger Catering) og E-2/96(Ulstein).

<sup>116</sup> C-234/98(Allen) premiss 32.

<sup>117</sup> NOU-2004:5 s.366 og Ot.prp.nr.49(04-05) s.258-259.

etter direktivet. Et naturlig utgangspunkt for den videre drøftelse etter tradisjonell rettskildemetode vil være å undersøke hva som kan utledes av Høyesteretts og EF- og EFTA-domstolens praksis. Olderdalen og de eldre avgjørelser fra EF- og EFTA-domstolen vil fortsatt ha relevans. Relevant er også analogibetraktninger fra praksis angående vilkårene ”selvstendig økonomisk enhet” og ”overdragelse”, og arbeidsrettens praksis om omgåelse av tariffavtaler.

#### 5.4.2 Omgåelse av identitetsvilkåret

##### 5.4.2.1 Manglende overtagelse av arbeidstakere

Sodexho gjaldt drift av storkjøkken på et hospits. Oppdragsgiver hadde sagt opp kontrakten med det selskap som tidligere hadde utført tjenestene, og kontrakt ble inngått med Sodexho. Erverver nektet å overta overdragers ansatte, da de mente det ikke forelå noen virksomhetsoverdragelse. Fra overdrager var det overført seks menyer til en barnehage i tilknytning til hospitlet. Oppdragsgiver stilte til disposisjon storkjøkken, lokaler, vann, energi og mindre maskiner.

Generaladvokaten gikk i sitt forslag til avgjørelse i Sodexho nøye inn både på omgåelsesproblematikken, og det sirkelresonnementet det er å legge vekt på om ansatte er overført i vurderingen av om reglene får anvendelse. Det er en tett kobling mellom disse to problemstillingene.

I generaladvokatens forslag til avgjørelse anførte Det Forente Kongeriket, Storbritannia, og Kommisjonen:

*”For det tredje har Sodexho ikke overtaget den gamle virksomhedsindehavers personale. Heraf følger imidlertid ikke, at der ikke er tale om en virksomhedsoverførsel. En virksomhed, hvor materielle driftsmidler eller bestemte produksjonsmidler medvirker væsentligt til aktiviteten, kan opretholde sin identitet, selv om personalet ikke overtages. Den omstændighed at Sodexho har avvist at overtage personalet, er ikke forenlig med den*



*beskyttelse som direktiv 77/187 giver arbejdstagerne. Dette gælder i hvert fald for så vidt angår ikke-kvalificerede arbejdstagere. Arbeidsgivere ville kunde omgå direktivet ved at undlade at overtage personale og dermed falde uden for direktivets anvendelsesområde.”<sup>118</sup>*

Kommisjonen hadde anført at direktivet ikke kunne få anvendelse der det verken var overført en vesentlig del av de ansatte eller aktiva. Kommisjonen foreslo to ulike måter å løse problemet på. Det ene var å regne de ansatte som overført, dersom den manglende overførsel skyldes at erverver hadde til hensikt å omgå direktivet, og det ville foreligge en virksomhetsoverdragelse dersom de hadde blitt overført.<sup>119</sup> Den andre måten å løse problemet på var:

*”at den nye tilslagsmodtagers formål med at beslutte sig for eller imod at overtage personalet er et forhold, der skal tages hensyn til ved afgørelsen af, om der foreligger en virksomhedsoverførsel. Den nationale retsinstans ville imidlertid skulle tage hensyn til alle faktorer ved besvarelsen af dette spørgsmål.”<sup>120</sup>*

Generaladvokaten var ikke enig i at det burde legges vekt på erververs hensikt med overtagelse eller ikke overtagelse av de ansatte. Han var av den oppfatning at det å legge vekt på hensikt i seg selv kunne åpne for omgåelse, samt at det ville medføre bevisproblemer. Generaladvokaten var av den oppfatning at det var en gunstigere løsning å se bort fra om arbeidstakerne ble overtatt eller ikke. Det er vanskelig å tenke seg hvordan det å legge vekt på hensikt vil åpne for omgåelse av direktivets bestemmelser. Bevisproblemene vil behandles nedenfor i punkt 8.

Retten uttalte at vekten av de ulike momenter vil avhenge av hvilken type aktivitet som utføres, og hvilke produksjons- eller driftsmåter som anvendes i virksomheten. Dette er i

---

<sup>118</sup> C-340/01(Sodexho) gen.adv. avsnitt 33.

<sup>119</sup> Denne løsning er lagt til grunn i engelsk praksis.

<sup>120</sup> C-340/01(Sodexho) gen.adv. avsnitt 40.

andre dommer og teorien referert til som hvilken innsatsfaktor som karakteriserer virksomheten.<sup>121</sup> EF-domstolen fant at fysiske aktiver utgjorde den vesentlige innsatsfaktor i virksomheten, ikke de ansatte.<sup>122</sup> På denne bakgrunn konkluderte retten med at:

*”Overførslen af de lokaler og det udstyr, der stilles til rådighed af hospitalet, og som er nødvendige for tilberedelsen af maden og fordelingen af måltiderne til hospitalets pasienter og personal, er under disse omstændigheder tilstrækkelig til, at der foreligger en overførsel af en økonomisk enhed.”*<sup>123</sup>

Retten uttalte følgende om betydningen av overtagelse av de ansatte:

*”Det følger heraf, at den omstændighed, at den nye erhvervsdrivende ikke overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren udførte de samme opgaver, ikke er tilstrækkelig til at udelukke, at der foreligger en overførsel af enhed, hvis identitet i henhold til direktiv 77/187 er opretholdt, inden for en sådan branche som storkøkkendrift, hvor inventaret er af afgjørende betydning for aktiviteten. Som det med rette er blevet anført af Det Forenede Kongerige og Kommisionen ville en modsat betragtning være i strid med det, der er det væsentlige formål med direktiv 77/187, nemlig at erhververen, selv mod sin vilje, er forpligtet til at fortsætte de arbejdsaftaler, som overdrageren har indgået med sine ansatte.”*<sup>124</sup>

Mindretallet i arbeidslivslovutvalget synes å tolke uttalelsen i Sodexho dit at det aldri er relevant å legge vekt på at de ansatte ikke er blitt overført.<sup>125</sup> Dette synes å strekke dommens premisser langt. Rettens bemerkninger må leses i lys av sin kontekst.<sup>126</sup> Retten

---

<sup>121</sup> Se bl.a.Rt-2006-71.

<sup>122</sup> C-340/01(Sodexho) premiss 36.

<sup>123</sup> C-340/01(Sodexho) premiss 36.

<sup>124</sup> C-340/01(Sodexho) premiss 37.

<sup>125</sup> NOU-2004:5 s.366-367.

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.257.

fant at virksomheten var karakterisert av materielle aktiva. I slike tilfeller er det verken nytt eller prinsipielt at det kan anses å foreligge en virksomhetsoverdragelse, selv om de ansatte ikke er overført. EF-domstolen har gjentatte ganger uttalt at vekten av de ulike momenter vil avhenge av hvilken innsatsfaktor som karakteriserer virksomheten, noe som også er uttalt i Sodexho.<sup>127</sup>

Etter tidligere rettspraksis synes det å kunne tale mot virksomhetsoverdragelse at de ansatte ikke var overført. Det kan synes som retten i Sodexho mener at et slikt argument ikke vil ha betydning, dersom virksomheten er karakterisert av aktiva. Sett hen til at det bare var noen få menyer som var overført, og at oppdragsgiver stilte vann og strøm til disposisjon, synes det som om domstolen har lagt en lavere list til grunn enn det tidligere praksis tilsier. Det kan synes som om domstolen har lagt en lavere list til grunn, og lagt vekt på nye momenter som taler for at det foreligger virksomhetsoverdragelse.

Resonnementet kan ikke uten videre overføres til virksomheter karakterisert av arbeidskraft. I virksomheter karakterisert av arbeidskraft synes en manglende overtagelse av ansatte fortsatt å kunne være et relevant moment som taler mot virksomhetsoverdragelse. Det er usikkert hvilken betydning uttalelsene i Sodexho vil ha for blandingsvirksomheter, som Høyesterett sto ovenfor i Olderdalen. EF-domstolen viser til at en motsatt betraktning vil stride mot formålet. Dette taler for at dommens premisser også vil ha betydning for slike virksomheter. Om resultatet i Olderdalen ville blitt et annet, er derimot usikkert, da Høyesterett ikke tok stilling til om det ville foreligget en virksomhetsoverdragelse dersom de ansatte ble overført. Etter Sodexho har arbeidstakere i virksomheter karakterisert av ansatte dårligere beskyttelse mot omgåelse enn arbeidstakerne har i virksomheter der materielle aktiva spiller en viktig rolle. Mindretallet i forarbeidene uttalte at det ble stilt spørsmål om det var i samsvar med tidligere praksis fra EF-domstolen og formålet å legge vekt på manglende overtakelse av ansatte, selv før Sodexho.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Se bl.a.E-2/04(Total).

<sup>128</sup> NOU-2004:5 s.366. Se også Klingsten(2002) s.58-64.

Arbeidslivslovutvalgets mindretall synes å ha rett i at Sodexho-saken kan sees på som et prejudikat for at det viktigste momentet i identitetsvurderingen er om selve aktiviteten overføres. Dersom likhet i aktivitet og om kundekretsen overtas er de viktigste momentene, vil dette medføre at arbeidsgiver bare vil kunne omgå reglene i tvilstilfelle. Da det i forarbeidene er slått fast at formålet vil ha stor betydning i tvilstilfeller, må det antas at i tvilstilfeller kan domstolene la være å tillegge det vekt at de ansatte ikke er overført.<sup>129</sup>

Direktivets formål og reelle hensyn taler mot å legge vekt på manglende overtagelse av ansatte. I teorien er det også kritisert å legge vekt på overtagelse av arbeidstakere. Spesielt er det kritisert å tillegge vekt at arbeidstakerne ikke blir overført.<sup>130</sup>

#### 5.4.2.2 Helheten og realiteten i transaksjonen

I Høyesteretts dom i SAS-Braathens var spørsmålet om virksomhetsoverdragelsesreglene fikk anvendelse ved overføring av Braathens bakkedekservice- og avisingstjeneste til SGS, et selskap i SAS-konsortiet. Det var anført at erverver hadde full kontroll over de disposisjoner som ble foretatt i overdragers selskap, og at Høyesterett måtte skjære gjennom den konstruksjon erverver hadde bygd opp. Det ble gjort gjeldende at det forelå et forsøk fra SAS på å tilpasse transaksjonen slik at reglene ikke fikk anvendelse. Hjelpeintervenienten var av den oppfatning at transaksjoner mellom parter som står i et innbyrdes økonomisk og rettslig interessefellesskap, må bedømmes ut fra sin faktiske og rettslige totalitet.

Det forelå to separate avtaler om bakketjenester og avising. Avtalene var inngått på forskjellige tidspunkt. Høyesterett fant at avisningsavtalen måtte sees i sammenheng med de øvrige bakketjenestene, da disse ble drevet som en del av ”ground handling-virksomheten”. Retten uttalte at det ikke kunne tillegges vekt at det ble inngått ulike avtaler

---

<sup>129</sup> Ot.prp.nr.49(04-05) s.259.

<sup>130</sup> Klingsten (2002) s.58-64, Bårdsen (2004) s.71.

om avising og de andre bakketjenestene. Til støtte for dette syn viste retten til EF-domstolens dom i Allen. Denne løsningen er i samsvar med det formål som ligger bak reglene, og vil gjøre det vanskeligere å omgå reglene. I Allen-saken, som også gjaldt et konsernforhold, var det i Generaladvokatens forslag til avgjørelse pekt på at det ikke kunne utelukkes at selskapet hadde til hensikt å unndra seg forpliktelsene etter direktivet.<sup>131</sup> At en transaksjon må sees i sin helhet, vil gjøre det vanskeligere å omgå direktivets bestemmelser. Høyesteretts fremgangsmåte gjorde at domstolen ikke trengte å ta bevismessig stilling til om det forelå en omgåelseshensikt i den konkrete sak.

Høyesterett fant at ved vurderingen av om identiteten er i behold kunne det heller ikke tillegges vekt at avising i SAS-konsortiet, i motsetning til i Braathens, ble drevet av en annen forretningsenhet enn de øvrige bakketjenester. Retten viste til støtte for dette syn til EFTA-domstolens dom i E-02/04, Total. I EFTA-domstolens dom, som omhandlet vilkåret ”selvstendig økonomisk enhet” var følgende uttalt:

*”Om vedlikeholds- og støttefunksjonene i tilstrekkelig grad kan atskilles fra produksjonsfunksjonen, og ellers oppfylle vilkårene i Direktivets artikkel 1(1)b, er en vurdering av faktum som det tilligger den nasjonale domstolen å foreta, idet den tar i betraktning alle viktige karakteristika ved den aktuelle enheten.*

*I denne henseende bemerker EFTA-domstolen at organiseringen i team, i motsetning til en organisering i formelt avgrensede avdelinger, potensielt gjør det vanskeligere å identifisere en enhet slik begrepet anvendes i artikkel 1(1)(b). Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig. Dersom det var tilfellet, ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.”<sup>132</sup>*

---

<sup>131</sup> C-234/98(Allen) gen.adv. avsnitt 42.

<sup>132</sup> E-2/04(Total) premiss 33-34.

EF-domstolen fant at organisering i team ikke utelukket anvendelse av direktivet, da direktivet ellers ville kunne omgås. Høyesteretts henvisning til Total illustrerer nærheten mellom vilkårene selvstendig økonomisk enhet og identitet, og relevansen av praksis om de to andre hovedvilkår i § 16-1 i forhold til identitetsvurderingen. I Total behandlet EFTA-domstolen organiseringen i den overdragende virksomhet. Derfor gjaldt drøftelsen hva som kunne utgjøre en ”selvstendig økonomisk enhet”, mens saksforholdet i SAS-Braathens gjaldt organiseringen hos erverver, og dermed identitetsvurderingen. Etter Høyesteretts uttalelser synes det ikke mulig å omgå direktivet ved å dele opp transaksjonen til ulike selskap. Dette ville ellers være en praktisk måte å omgå direktivet på, spesielt i konsernforhold.

I de to drøftelsene som er behandlet ovenfor vurderer Høyesterett hele transaksjonen under ett, og ser på de faktiske forhold og helheten i transaksjonen. Retten viser til dommer fra EF- og EFTA-domstolen, og det virker som Høyesterett er tilbakeholdne med å gå lenger enn det EF- og EFTA-domstolen har gjort. Teknikken Høyesterett og EFTA-domstolen bruker er å tolke direktivet på bakgrunn av sitt formål, med den konsekvens at det vil bli vanskeligere å omgå reglene.<sup>133</sup> Selv om det formelt sett forelå to separate avtaler om avisning og bakketjenester, så retten dem samlet som en overdragelse, og dermed var det overført nok til at virksomheten hadde beholdt sin identitet etter overdragelsen. Retten fant også at måten erverver strukturerer sine tjenester på ikke kan få betydning for de ansattes vern.

Ved å tolke bestemmelsene på bakgrunn av sitt formål, behøvde ikke retten å ta stilling til om erverver i det konkrete tilfelle har forsøkt å omgå reglene. Det virker likevel som Høyesterett har tolket bestemmelsene med henblikk på det saksforhold som forelå i den konkrete sak og bakteppet for transaksjonen. Høyesteretts avgjørelse innebærer at konsernledelsens valg i forhold til selskapsstruktur, konstellasjoner og oppdeling av transaksjonen, ikke vil forringe arbeidstakernes vern.

---

<sup>133</sup> Rt-2006-71,E-2/04(Total) og C-234/98(Allen).

#### 5.4.2.3 Interessefellesskap

I Høyesteretts dom i SAS-Braathens var Braathens på overføringstidspunktet et datterselskap av SAS, og det ble hevdet at det forelå et interessefellesskap mellom overdrager og erverver som måtte få betydning for identitetsvurderingen, og dermed om reglene skulle få anvendelse. Høyesteretts uttalelser må sees på bakgrunn av det som var anført av ankende parts hjelpeintervenient angående omgåelse og interessefellesskap:

*”Frem til april 2002 mente SAS-konsernet at en overføring av ”ground handling”-virksomheten i Braathens til SGS hadde karakter av en virksomhetsoverdragelse. Det SGS har gjort er å søke å unngå at reglene kommer til anvendelse. Disse reglene skal beskytte arbeidstakerne, og man kan da ikke la anvendelsen av reglene bero på de valg arbeidsgiver gjør. Arbeidsgivers styringsrett er underlagt en saklighetsbegrensning. Høyesterett må skjære gjennom den konstruksjon SAS-konsortiet har bygd opp. Transaksjoner mellom parter som står i et innbyrdes økonomisk og rettslig interessefellesskap, må bedømmes ut fra sin faktiske og rettslige totalitet.”<sup>134</sup>*

Høyesterett uttalte følgende om relevansen av interessefellesskap i identitetsvurderingen:

*”De ankende parter og hjelpeintervenientene har også anført at når selskaper som har et interessefellesskap - som for eksempel selskaper innenfor samme konsern- slår sammen to likeartede virksomheter og driver dem samlet videre i rasjonalisert form, må utgangspunktet være at det foreligger virksomhetsoverdragelse. Etter min mening er det nok grunn til å tro at identitetsvilkåret i praksis oftere vil være oppfylt ved virksomhetsoverdragelser mellom selskaper som har et interessefellesskap. Spørsmålet om identiteten er i behold, må imidlertid også i disse tilfellene baseres på de kriterier som EF-domstolen har utviklet.”<sup>135</sup>*

---

<sup>134</sup> Rt-2006-71 premiss 48.

<sup>135</sup> Rt-2006-71 premiss 88.

Dersom Høyesteretts uttalelse holdes opp mot det som er anført fra hjelpeintervenienten, tyder rettens uttalelse på en moderering av Høyesteretts uttalelser i Olderdalen. Å legge vekt på at det foreligger et interessefellesskap kan vanskelig forstås annerledes enn at det kan være relevant å legge vekt på hensikten bak disposisjonen. Når det kan legges vekt på interessefellesskap, må det antas at det er fordi overdrager og erverver har hatt samme interesse eller motivasjon. Det virker også naturlig å anta at denne interessen er å oppnå et gunstigst mulig resultat for interessefellesskapet. Den felles interessen i SAS-Braathens synes nettopp å ha vært å omgå reglene. Det synes på grunnlag av Høyesteretts uttalelser rimelig å anta at det i identitetsvurderingen kan være relevant å legge vekt på overdragers og erververs hensikt, også hvor hensikten er omgåelse, i saker hvor det foreligger et interessefellesskap.

Saken konkret gjaldt et interessefellesskap innad i et konsern. Det var anført av den ankende part at beslutningene i realiteten ble tatt av erverver. På bakgrunn av denne anførselen synes det som en naturlig tolkning at det er relevant å legge vekt på omgåelseshensikt der det foreligger et interessefellesskap i å omgå reglene. Også i andre situasjoner vil det kunne foreligge interessefellesskap. Mye tyder på at EF-domstolen la vekt på dette i sak C-458/05 (Jouini), som gjaldt overdragelsesvilkåret, der de samme personer hadde viktige stillinger i det overdragende og ervervende selskap.

I Jouini forelå det en overføring fra et vikarbyrå til et annet. Etableringen av erververs selskap skjedde på oppfordring fra en av overdragers største kunder, da den overdragende virksomhet var i økonomiske problemer, og det var vanskelig å gjennomføre strukturendringer i det overdragende selskap. Den siste direktør for den overdragende virksomhet ble ”erhvervsdirektør” i erververs virksomhet og hans kone var initiativtaker til det ervervende selskap. Hun gikk fra å være administrativ medarbeider hos overdrager til å bli handelsdirektør hos erverver. Sammenlagt ble ca. en tredjedel av personalet overtatt av erverver, før overdrager gikk konkurs.

Følgende ble gjort gjeldende av Generaladvokaten:



*”Det kan således ikke udelukkes, at der var tale om en manøvre, der havde til formål at overtage en økonomisk aktivitet for at drive denne på rentabelt vis efter at være sluppet af med de ubetalte fordringer, som tidligere havde hobet sig op. I kraft av princippet *fraus omnia corrumpit* kan en sådan situation- hvis den skulle blive oppfattet således af den nationale ret- ikke have til følge- uanset hvilken retlig konstruktion der anvendes for at unddrage sig de relevante retsregler, herunder bl.a. direktiv 2001/23- at der gøres indgreb i arbeidstagernes rettigheter.”<sup>136</sup>*

Retten viste til at EF-domstolen har anlagt en fortolkning av begrepet ”overdragelse”:

*”der er tilstrækkeligt smidig til at tilgodese direktivets formål, nemlig at beskytte arbeidstakerne ved overførsel af deres virksomhed.”<sup>137</sup>*

Videre uttalte retten:

*”Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelsen, at overtagelsen af de berørte arbeidstagere i hovedsagen fandt sted inden for rammerne af et samarbejde mellem Mayer og PPS, der i praksis havde samme ledelse, hvilket gjorde det mulig for PPS at påbegynde en lignende aktivitet. Det fremgår endvidere af sagen, at det gensidige samarbejde gjorde det mulig for PPS at udføre denne aktivitet for de samme kunder, og at virksomheden i høj grad gjorde brug af de arbeidstagere, der tidligere havde arbejdet for Mayer. Under disse omstændigheder forekommer det åpenbart, at dette samarbejde havde til formål og genstand at overføre driftsmidler fra Mayer til PPS.”<sup>138</sup>*

Det fremgår av utdraget at domstolen har tatt stilling til hensikten bak disposisjonene, og på bakgrunn av hensikten kommet til at det foreligger en overdragelse, selv om det ikke forelå

---

<sup>136</sup> C-458/05(Jouini) gen.adv. premiss 61-62.

<sup>137</sup> C-458/05(Jouini) premiss 24.

<sup>138</sup> C-458/05(Jouini) premiss 26.

noen skriftlig eller muntlig avtale, men et samarbeide. Dette fordi samarbeidet hadde til ”formål og genstand at overføre driftsmidler fra Mayer til PPS.” Domstolen så på realiteten i transaksjonen, som i SAS-Braathens. Generaladvokaten gikk et skritt lenger. Etter hans mening var hensikten ikke bare å omgå arbeidernes vern, men også å unndra seg gamle fordringer. Dette formålet var ikke legitimt, og etter Generaladvokatens syn kunne det ikke innskrenke arbeidernes rettigheter.

Høyesterett begrenset ikke uttalelsen i SAS-Braathens til å gjelde interessefellesskap innad i konsernforhold. Retten uttalte seg generelt om interessefellesskap, og brukte konsernforhold som et eksempel. Det vil kunne foreligge interessefellesskap i flere tilfeller enn der to selskap er forbundet i et konsern eller er styrt av de samme personer. Det vil som regel være i overdragers interesse å få størst mulig vederlag for virksomheten. Hvis det er i erververs interesse å unngå at virksomhetsoverdragelsesreglene får anvendelse, vil dette kunne innebære et interessefellesskap, der overdrager og erverver jobber sammen for å unngå at reglene skal få anvendelse. Det er usikkert om slike interessefellesskap omfattes av Høyesteretts uttalelser.

I trepartsforhold vil det i noen tilfeller kunne være i erververs interesse ikke å overta forrige kontraktsinnehavers ansatte. Oppdragsgiver har interesse i å betale minst mulig for tjenesten. Her vil det også kunne foreligge et interessefellesskap, der avtalepartene tilpasser hva som blir overført, med den hensikt å omgå reglene.

At Høyesterett viser til interessefellesskap som et relevant moment i identitetsvurderingen, er et eksempel på at det i helhetsvurderingen skal tas hensyn til alle de faktiske omstendigheter ved overdragelsen, og illustrerer at ”Spijkers-kriteriene” ikke er uttømmende. Da det er de nasjonale domstolars oppgave å foreta vurderingen av alle de faktiske omstendigheter omkring transaksjonen, vil ikke EF-domstolen foreta noen uttømmende angivelse av hvilke omstendigheter som er relevante.

Det er uklart om Høyesterett mener at domstolene i saker der det foreligger interessefellesskap, skal foreta en konkret avveining av om det foreligger et forsøk på omgåelse. Et annet alternativ kan være å legge vekt på at det foreligger et interessefellesskap, uavhengig av om det kan påvises at det i det konkrete tilfellet foreligger et konkret forsøk på omgåelse. I tilfeller der det foreligger et interessefellesskap, vil det ikke alltid foreligge et forsøk på omgåelse. Det er først og fremst i omgåelsestilfeller at formålet bak reglene tilsier at interessefellesskap bør være relevant i forhold til om reglene får anvendelse. Det er mulig at Høyesterett anser det som en bedre regel at det bare må påvises interessefellesskap, og ikke konkret omgåelseshensikt. Dette kan skyldes bevishensyn.

Etter å ha uttalt at det er grunn til å tro at vilkåret oftere er oppfylt der det foreligger interessefellesskap, vurderte Høyesterett de klassiske ”Spijkers-kriteriene”. Høyesterett må sies å legge en relativ lav terskel til grunn i forhold til hva som må være overført for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Retten fant at virksomheten var en såkalt blandingsvirksomhet. Dermed måtte det foretas en helhetsvurdering av alle momenter, ikke med hovedvekt på om det er overført en vesentlig del av fysiske aktiva eller ansatte, slik det etter praksis er når virksomheten er karakterisert av fysiske aktiva eller arbeidstakere.<sup>139</sup>

Høyesterett la vekt på at en ”ikke ubetydelig andel” av de ansatte ble overført. Av 1130 personer fordelt på 1066 årsverk, ble det overført 265 personer fordelt på ca. 200 årsverk. Dette er langt unna ”en betydelig/vesentlig del” som har vært angitt som vurderingstema i tidligere dommer. Retten la i motsetning til i tidligere praksis ikke til grunn en vurdering av kompetansen til arbeidstakerne.<sup>140</sup> Av fysiske aktiva ble 95 av 1000 utstyrsenheter overført. Det utgjorde i verdi 25 % av alt utstyret. Høyesterett fant at det var verdien og ikke antallet som var relevant. Spørsmålet er om den lave terskelen var et utslag av at det forelå et interessefellesskap, eller om det var rettens tolking av gjeldende rett i forhold til

---

<sup>139</sup> Se Ot.prp.nr.49(04-05) s.257, Rt-2006-71.

<sup>140</sup> C-13/95(Süzen), E-2/04(Total).

blandingsvirksomheter. Årsaken til at retten senket kravene til hvor mye av hvert element som må være overtatt, kan være at virksomheten var en såkalt blandingsvirksomhet.

#### 5.4.3 Omgåelse av vilkårene ”selvstendig økonomisk enhet” og ”overdragelse”

De tre vilkårene i § 16-1 henger tett sammen, og det er de samme hensyn og formål som gjør seg gjeldende ved tolkingen av alle tre. Praksis om omgåelseshensikt i forhold til vilkårene ”selvstendig økonomisk enhet” og ”overdragelse” er derfor relevant i forhold til omgåelseshensikt ved vurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet.

Høyesteretts bruk av Total i SAS-Braathens illustrerer nærheten mellom disse vilkår.

EF-domstolen har flere ganger uttalt at begrepet ”overdragelse” skal tolkes utvidende på bakgrunn av direktivets formål. I Stavanger Catering uttalte EFTA-domstolen:

*”EF-domstolen har konsekvent henvist til direktivets uttalte formål, og gitt begrepet overdragelse av foretak et videre og mer fleksibelt innhold enn det som vanligvis blir forstått som rekkevidden av uttrykkene ”fisjon” og ”overdragelse.”*<sup>141</sup>

EFTA- domstolen uttalte følgende om vilkåret ”selvstendig økonomisk enhet” i Total:

*”Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig. Dersom det var tilfellet, ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.”*<sup>142</sup>

Det er lite praktisk og vanskelig å omgå reglene ved å tilpasse seg disse vilkår, da domstolene har lagt til grunn en svært vid fortolking av både ”overdragelse” og ”selvstendig økonomisk enhet”.

---

<sup>141</sup> E-2/95(Stvanger Catering) premiss 27. Tilsvarende E-2/96(Ulstein) premiss 19.

<sup>142</sup> E-2/04(Total) premiss 34.

Generaladvokaten har i flere saker gjort gjeldende at direktivet må få anvendelse i ulike situasjoner, hvis ikke kan reglene omgås.<sup>143</sup> Generaladvokaten uttalte seg i sak 324/86 (Daddys Dance Hall) om en eventuell begrensning av direktivets virkeområde til bare å dekke direkte overførsel:

*”...ville det være det samme som at redusere dets rekkevidde og som følge heraf dets virkning betydelig.”<sup>144</sup>*

Dette er et argument som gjør seg gjeldende i forhold til omgåelse. Dersom arbeidsgiver står fritt til å omgå reglene, vil det redusere direktivets rekkevidde, og som følge av det direktivets virkning betydelig.

#### 5.4.4 Omgåelse av tariffavtaler

Utgangspunktet etter aml. § 16-2 er at erverver blir bundet av tariffavtale. Erverver kan innen tre uker fra overdragelsestidspunktet skriftlig erklære overfor fagforeningen at han ikke ønsker å bli bundet. Arbeidsretten har imidlertid skjært gjennom der formålet med disposisjonen er å omgå tariffavtalen. I forarbeidene til den nye arbeidsmiljølov uttalte lovgiver:

*”Departementet har med dette forslaget ikke ment å gjøre endringer i rettsstillingen når det gjelder de tilfeller som omfattes av den unntaksvis tariffavtaleovergang som eksisterer i dag, jf gjennomgangen av gjeldende rett ovenfor. Etter gjeldende rett er hovedregelen at tariffavtalen som sådan ikke følger med ved en virksomhetsoverdragelse, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for dette. Et slikt særskilt grunnlag kan foreligge dersom formålet med en utskillelse, nyorganisering eller lignende er å omgå eller unngå tariffavtale, jf det som er sagt foran om Arbeidsrettens praksis. Den nye arbeidsgiveren*

---

<sup>143</sup> Se gen. adv. i sak 324/86(Daddy`s Dance Hall) og C-340/01(Sodexho).

<sup>144</sup> Sak 324/86(Daddy`s Dance Hall) gen.adv. premiss 5.

*skal ikke i slike tilfeller kunne fri seg fra tariffavtalen ved å avgi en skriftlig erklæring til fagforeningen.*”<sup>145</sup>

Arbeidsretten har i lang tid skjært gjennom der konserner har foretatt en virksomhetsoverdragelse med det formål å omgå tariffavtaler.<sup>146</sup> Spørsmålet om omgåelseshensikt kan tillegges vekt har også kommet opp for Arbeidsretten i en nyere dom etter aml av 2005:

*”Arbeidsretten legger til grunn at rettstilstanden også etter vedtakelsen av arbeidsmiljølovens § 16-2 (2) er slik at erververen kan bli bundet av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiveren var bundet av, dersom det ikke foreligger en reell virksomhetsoverdragelse og ”formålet med en utskillelse, nyorganisering eller lignende er å omgå eller unngå tariffavtale”, jfr. uttalelsen i Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.271. Retten kan ikke gi sin tilslutning til anførslene fra de saksøkte om at situasjonen ligger slik an i vår sak eller at det foreligger en illojal disposisjon som gir grunnlag for gjennomskjæring.*”<sup>147</sup>

Arbeidsretten legger vekt på omgåelseshensikt, og oppstiller en gjennomskjæringsregel der det foreligger en omgåelseshensikt. Det er naturlig å trekke en analogi fra arbeidsrettens praksis om tariffavtaler til virksomhetsoverdragelsesreglene. Sammenhengen i regelverket tilsier at når omgåelseshensikt er relevant i forhold til om erverver kan erklære seg ubundet av tariffavtale etter § aml. 16-2, må det også være relevant etter § 16-1. Det er beskyttelse av arbeidstakerne, som er formålet bak begge bestemmelsene og direktivet de er bygget på. Det er derfor naturlig å trekke paralleller fra Arbeidsrettens gjennomskjæring der en virksomhetsoverdragelse er foretatt med den hensikt å omgå en tariffavtale, til vurderingen i § 16-1 av om virksomheten har beholdt sin identitet.

---

<sup>145</sup> Ot.prp.49(04-05) s.271.

<sup>146</sup> ARD-1921-341, ARD-1936-36.

<sup>147</sup> ARD Sak nr.28/2008 premiss 56.

#### 5.4.5 Generell omgåelsesnorm?

På skatterettens område er omgåelsesspørsmålet utførlig behandlet, og vilkårene for gjennomskjæring er utviklet gjennom utfyllende rettspraksis. Et nødvendig vilkår for at det skal foreligge en omgåelse av reglene er at hovedformålet med disposisjonen er å spare skatt. Dette er imidlertid ikke alene tilstrekkelig for gjennomskjæring. Det må foretas en helhetsvurdering, der hovedmomentene er hvilken egenverdi disposisjonen har utover skattebesparelsen, og om det skatterettslige resultatet fremtrer som i strid med lovens formål. En tilsvarende vurdering kunne tenkes oppstilt også i forhold til identitetsvurderingen.

Overført til identitetsvurderingen betyr dette at hovedformålet med disposisjonen må ha vært å unngå at virksomhetsoverdragelsesreglene skal få anvendelse. Videre må det vurderes om arbeidsgiver har hatt et forretningsmessig formål med sine disposisjoner. For å bruke terminologien i skatteretten i forhold til omgåelse: disposisjonen må ha hatt en egenverdi. Dersom hovedformålet har vært å omgå reglene, vil resultatet fremtre som i strid med formålet med reglene.

Formålet med virksomhetsoverdragelse er å verne arbeiderne. Dette taler for at det bør oppstilles en strengere norm enn på skatterettens område, der en viss grad av omgåelse og tilpasning til reglene er akseptert. På skatterettens område har Høyesterett i flere dommer unngått å bruke den ulovfestede omgåelsesnorm, ved heller å benytte seg av formålsfortolkning. Legalitetsprinsippet setter imidlertid skranker for formålsfortolkningen, der resultatet vil være tyngende for skatteyter. Dette er ikke et problem hva angår virksomhetsoverdragelsesreglene, der legalitetsprinsippet ikke vil sette skranker for en slik formålsfortolkning. Ved omgåelse av reglene har domstolene lagt til grunn en vid formålsfortolkning også på andre områder enn i skatteretten.

Virksomhetsoverdragelsesreglenes verneformål gjør at det ikke bør oppstilles så strenge kriterier som på skatterettens område. Grunnet virksomhetsoverdragelsesreglenes formål bør det ikke anses legitimt å tilpasse seg reglene slik man kan gjøre på skatterettens område.

## 5.5 Oppsummering av gjeldende rett i forhold til relevans

Innledende kan det nevnes at tross uttalelsene i forarbeidene, som synes å åpne opp for at norske domstoler kan gå lenger i å gi arbeidstakerne vern enn det som følger av minimumsvernet etter direktivet, er norske domstoler fortsatt tilbakeholdne med å gå lenger enn det som følger av EF- og EFTA-domstolenes praksis i sine uttalelser.

Å unngå omgåelse synes å være et relevant hensyn når domstolene tolker vilkårene i § 16-1, men domstolene er tilbakeholdne med åpent å uttale at hensikten i den konkrete sak er relevant. Det synes likevel som om omgåelseshensikt er relevant i domstolenes vurdering av om virksomheten har beholdt sin identitet. Domstolene vurderer hele saksforholdet, og tolker reglene for å oppnå formålet om å beskytte arbeidstakerne. Det synes som om domstolene ved subsumsjonen forsøker å fundere sine drøftelser i mer objektivt konstaterbare faktorer, som for eksempel interessefellesskap eller at det vil være i strid med formålet i en konkret sak å legge vekt på manglende overtagelse av arbeidstakere.

Med andre ord synes det som om domstolene anser det relevant at det foreligger et forsøk på å omgå reglene, men at domstolen bruker ulike teknikker for å vektlegge momentet. Dette gjør at retten ikke åpent må ta stilling til hvilken hensikt som ligger bak en disposisjon. De ulike teknikkene vil bli presentert nedenfor i kapittel 6.2.

Arbeidsretten har vurdert om det foreligger omgåelseshensikt i forhold til tariffavtaler. Det samme har engelske domstoler gjort i forhold til omgåelse ved identitetsvurderingen. Reelle hensyn taler for at domstolene bør være åpne om hvilke momenter de anser relevante. Dommene blir ofte vist til i senere avgjørelser. Det kan skape et skjevt bilde dersom ikke domstolene viser til alle momenter som har hatt betydning i den konkrete vurdering.



## 6 Hvilken betydning tillegges omgåelse?

### 6.1 Innledning

Rettspraksis er uklar i forhold til relevansen av omgåelseshensikt. Derfor er det naturligvis vanskelig å si noe generelt om hvilken vekt omgåelseshensikt tillegges. Dette forsterkes av at identitetsvurderingen er en konkret helhetsvurdering. Uklarheten angående relevansen og vekten av omgåelseshensikt i identitetsvurderingen kan også skyldes at det er opp til de nasjonale domstoler å vurdere alle faktiske omstendigheter, og vurdere hvilken vekt de ulike momenter skal tillegges i den enkelte sak.<sup>148</sup>

Det er hensiktsmessig å dele den videre fremstilling i to deler. Under punkt 6.2 vil jeg behandle de ulike teknikker domstolene synes å bruke for å vektlegge omgåelse. Deretter vil jeg i punkt 6.3 prøve å si noe generelt om hvor stor vekt omgåelse tillegges, og kan tillegges etter den praksis som foreligger fra EF-domstolen.

### 6.2 Hvordan vektlegges omgåelse?

Det synes som både Høyesterett, EF- og EFTA-domstolene har vært tilbakeholdne med konkret å undersøke om det foreligger et omgåelsesmotiv i en foreliggende sak, og deretter uttrykkelig tillegge omgåelseshensikt vekt i identitetsvurderingen. I stedet synes domstolene å bruke andre teknikker for å legge vekt på omgåelse. Det er to hovedtyper teknikker domstolene synes å ha benyttet. Det ene er å tillegge hensynet til at reglene ikke skal kunne omgås vekt ved tolkingen av reglene. Den andre teknikken er å tillegge omgåelse vekt ved subsumsjonen.

Først vil det redegjøres for vekten av omgåelse ved tolkingen av reglene. Domstolene synes i flere tilfeller å ha lagt vekt på reglenes formål ved tolkingen av aml. § 16-1, for at reglene vanskeligere skal kunne omgås. I forhold til vilkårene ”selvstendig økonomisk enhet” og

---

<sup>148</sup> EF-domstolens oppgave i saker hvor nasjonale domstoler etter EF-traktaten art. 234 forelegger spørsmål til tolkingsuttalelse, er ikke er å ta stilling til faktum og subsumere i den forelagte sak. Se Rt-1997-1954.

”overdragelse” har domstolene i flere tilfeller benyttet seg av en utvidende tolkning. Identitetsvurderingen er en konkret helhetsvurdering. Å tolke en helhetsvurdering utvidende er ikke praktisk mulig, men vilkåret kan tolkes slik at det blir vanskeligere å omgå reglene. Dette er en måte å tillegge omgåelse vekt på, men der hensikten i det konkrete tilfelle spiller en mer tilbaketrukket rolle.

Eksempler på en slik formålsfortolking av identitetsvilkåret er Høyesteretts dom i SAS-Braathens, hvor retten fant at hele transaksjonen må sees under ett, og at organiseringen hos erverver ikke kan få betydning for om virksomhetens identitet er i behold. Høyesterett viste i SAS-Braathens til støtte for sitt syn til EFTA-domstolens avgjørelse i Total. EFTA-domstolen uttalte i Total at valg av organisasjonsstruktur ikke kunne gjøre Direktivet uanvendelig:

*”Dersom det var tilfellet ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.”<sup>149</sup>*

I tilfeller hvor domstolene tolker de ulike vilkår med det mål at reglene ikke skal kunne omgås, vil det også ligge et konkret faktum til grunn. Dersom domstolene tolker reglene utvidende fordi de mener at et saksforhold bør være omfattet av reglene, vil dette også være en måte å ta hensyn til og vektlegge omgåelse på. Det kan være usikkert om domstolene har hatt et bevisst forhold til sontringen mellom de ulike måter å tillegge omgåelse vekt. Denne måten å vektlegge de faktiske omstendigheter, har den fordel at man ikke trenger å ”treng inn i” tankene til dem som eventuelt har omgått reglene og bevise omgåelseshensikt.

Jeg vil nå gå over til å behandle tilfeller hvor omgåelse synes å være tillagt vekt ved subsumsjonen. Selv om domstolene er tilbakeholdne med direkte å uttale at det legges vekt på at det foreligger en omgåelse i den konkrete sak, synes det som om saksforholdet i flere

---

<sup>149</sup> E-2/04(Total) premiss 34.

saker har hatt direkte betydning for resultatet. En helhetsvurdering som identitetsvurderingen vil vanskelig kunne gjøres umulig å omgå ved tolkning, for eksempel ved generelt å legge vekt på momenter som er vanskelige å omgå. Det synes som om EF-domstolen og Høyesterett har lagt direkte vekt på de konkrete omstendigheter i de følgende tilfeller:

I Allen fant EF-domstolen:

*”Under disse omstendigheter kan det herefter ikke tillægges afgørende vægt, at det tidspunkt hvor det arbejde, der var givet AMS i underentreprise, blev påbegyndt, ikke faldt sammen med det tidspunkt, hvor AMS overtok ACC’s arbejdstagere.”<sup>150</sup>*

I SAS-Braathens uttalte Høyesterett angående interessefellesskap:

*”Etter min mening er det nok grunn til å tro at identitetsvilkåret i praksis oftere vil være oppfylt ved virksomhetsoverdragelser mellom selskaper som har et interessefellesskap. Spørsmålet om identiteten er i behold, må imidlertid også i disse tilfellene baseres på de kriterier som EF-domstolen har utviklet.”<sup>151</sup>*

I Sodexho nektet erverver å overta de ansatte. EF-domstolen fant at i det konkrete tilfellet ville det stride mot formålet å legge vekt på om de ansatte var overtatt:

*”...ville en motsat betragtning være i strid med det, der er det væsentlige formål med direktiv 77/187, nemlig at erhververen, selv mod sin vilje, er forpligtet til at fortsætte de arbejdsaftaler, som overdrager har indgået med sine ansatte.”<sup>152</sup>*

---

<sup>150</sup> C-234/98(Allen) premiss 32.

<sup>151</sup> Rt-2006-71 premiss 88.

<sup>152</sup> C-340/01(Sodexho) premiss 37.

I disse sakene synes omgåelseshensikt å vektlegges på den måte at det får betydning for hvilken vekt de klassiske ”Spijkers-momentene” tillegges, eller om enkelte momenter i det hele tatt kan tillegges vekt i den konkrete sak. I Sodexho og Allen tilla domstolene enkelte momenter mindre vekt på grunn av de faktiske forhold i saken, som i begge saker var anført å være, blant annet, omgåelse av reglene. I Sodexho lot EF-domstolen være å tillegge manglende overføring av arbeidstakere vekt. Erverver hadde nektet å overta de ansatte og det var av kommisjonen og generaladvokaten anført at dette måtte være et formålsstridig forsøk på omgåelse. I Allen fant EF-domstolen at den manglende kontinuiteten ikke kunne tillegges vekt på grunn av de faktiske omstendigheter i saken.

Høyesteretts uttalelse i SAS-Braathens synes å bety at et interessefellesskap kan få betydning for identitetsvurderingen. Om Høyesterett sikter til at et interessefellesskap vil få betydning for enkelte momenter vekt, eller om kravet til identitet senkes, er uklart. I forarbeidene ble det åpnet opp for at domstolene kunne finne at kravet til identitet i enkelte tilfeller måtte senkes.<sup>153</sup>

Både i Sodexho og i SAS-Braathens synes domstolene å ha lagt til grunn en ganske lav terskel for hva som må overføres for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Dette kan være domstolenes måte å tillegge omgåelse vekt på. Høyesterett uttalte ikke i SAS-Braathens om interessefellesskap alltid vil få betydning. Det er kun i tilfeller hvor det foreligger et forsøk på omgåelse at de særskilte hensyn gjør seg gjeldende. Dette taler for at hensikten i et konkret tilfelle bør vektlegges, da man i en helhetsvurdering som identitetsvurderingen ikke vil kunne foreta generelle tolkinger som gjør at reglene ikke kan omgås. Det er da bare hensikten i det konkrete tilfelle som kan differensiere saksforholdene. Også hva gjelder interessefellesskap vil det måtte foretas en subjektiv vurdering. Hva gjelder overtagelse av ansatte er det ikke sikkert at det er riktig i alle tilfeller å ikke tillegge det vekt at ansatte ikke er overført. Det kan være legitime grunner for hvorfor de ansatte ikke er overført.

---

<sup>153</sup> NOU-2004:5 s.364.

Det å legge en lavere terskel til grunn for at det skal foreligge identitet i konkrete tilfeller, og å unnlate eller tillegge enkelte momenter mindre vekt i identitetsvurderingen, synes å være måter å vektlegge omgåelse i det konkrete tilfellet på, selv om domstolene er forsiktige om å uttale seg om partenes konkrete hensikt.

### 6.3 Hvor stor vekt tillegges omgåelse?

Identitetsvurderingen er en konkret helhetsvurdering. Dermed er det vanskelig å uttale noe konkret om hvor stor vekt omgåelse vil tillegges i ulike tilfeller. Det kan imidlertid skisseres noen generelle betraktninger.

I forarbeidene til aml. av 2005 heter det at det er opp til rettspraksis om det skal innføres en gjennomskjæringsregel i tilfeller av omgåelse, og om kravet til identitet bør senkes i enkelte tilfeller.<sup>154</sup> Etter en gjennomgang av rettspraksis synes det klart at det ikke er innført noen gjennomskjæringsregel, verken av Høyesterett eller EF- og EFTA-domstolene. Dette betyr som det fremgår av den ovennevnte drøftelse, ikke at omgåelse ikke tillegges vekt. Som drøftelsen i punkt 6.2 viser, tyder mye på at domstolene tillegger omgåelse betydning, men det ikke tillegges så stor vekt at det oppstilles en gjennomskjæringsregel. I forarbeidene til aml. av 2005 heter det:

*”Departementet presiserer at reglenes formål som er å sikre opprettholdelse av de overførte arbeidstakernes stillingsvern og andre lønns- og arbeidsvilkår, fortsatt vil være en sentral tolkningsfaktor i tvilstilfeller”.*<sup>155</sup>

At formålet er en viktig tolkningsfaktor er også presisert i nærmest alle dommer fra EF- og EFTA-domstolen som omhandler identitetsvurderingen.<sup>156</sup> I følge domstolene skal det

---

<sup>154</sup> NOU-2004:5 s. 364.

<sup>155</sup> Ot.prp.nr.49 s.259.

<sup>156</sup> Se bl.a. C-340/01(Sodexho) og C-458/05(Jouini).

foretas en konkret helhetsvurdering, der det skal tas hensyn til alle faktiske omstendigheter rundt transaksjonen.

EF-domstolens uttalelser i Süzen kan få betydning for hvilken vekt omgåelse kan tillegges. Dersom det må være overført en vesentlig del av aktiva eller ansatte, åpner dette lite rom for å legge vekt på omgåelse i en helhetsvurdering. Dersom uttalelsen skal gjelde generelt, så betyr det at det må oppstilles en gjennomskjæringsregel for at vekten av omgåelse skal kunne få noen betydning for resultatet av identitetsvurderingen. Hvis uttalelsen er generell og det ikke oppstilles en gjennomskjæringsregel, vil omgåelse bare få betydning i tvilstilfelle, og ved blandingsvirksomheter, da det i slike virksomheter ikke legges utslagsgivende vekt på et moment. Dersom det kun er avgjørende om det er overført en vesentlig del av aktiva eller ansatte, vil dette ikke innebære en samlet bedømmelse. Det vil ikke foreligge en helhetsvurdering dersom et moment alltid er avgjørende.<sup>157</sup>

Det skal i følge EF-domstolens avgjørelse i Allen, også etter Süzen foretas en helhetsvurdering hvor ingen momenter kan vurderes isolert. Rettens uttalelser tyder på at Süzen ikke indikerer et skifte i praksis, men en presisering, og at eldre praksis fortsatt er relevant. Retten henviser til at det som er avgjort i Süzen er at for at en virksomhet karakterisert av ansatte skal ha beholdt sin identitet, må en betydelig del av de ansatte være overført. Det er ikke noe nytt i dette. Det fremkommer også av Spijkers. Det EF-domstolen presiserte var at likhet i aktivitet er ikke tilstrekkelig til at identiteten er i behold. I SAS-Braathens fant retten at EF-domstolen som oftest legger vekt på om en vesentlig del av det som karakteriserer virksomheten er overført. Denne uttalelsen stemmer mer med at det skal foretas en helhetsvurdering, og i en slik vurdering vil omgåelse kunne være et moment som tillegges vekt i retning av at det foreligger virksomhetsoverdragelse.

I Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Sodexho foreslo regjeringen og kommisjonen to ulike måter å legge vekt på omgåelse i forhold til overtagelse av ansatte:

*”Domstolen ville som ... løsning kunne afgøre, at den nye tilslagsmodtagers formål med at beslutte sig for eller imod at overtage personalet er et forhold, der skal tages hensyn til ved afgørelsen af, om der foreligger en virksomhedsoverførsel. Den nationale retsinstans ville imidlertid skulle tage hensyn til alle faktorer ved besvarelsen af dette spørgsmål.”*<sup>158</sup>

*”Domstolen ville også kunne fastslå, at tilslagsmottagerens formål med at beslutte sig for eller mod at overtage personalet (især hvis formålet er at omgå direktivet) er et afgørende kriterium for, om der foreligger virksomhedsoverførsel. Direktivet ville så skulle anvendes, såfremt i) personalet ikke overtages af den nye tilslagsmottager, ii) der ville være sket en overførsel, såfremt personalet var blevet overtaget, og iii) grunden til, at personalet ikke er blevet overtaget, er et ønske om å omgå direktivet. Denne anden mulige løsning ville ligeledes give retssikkerhed, men det ville i praksis kunne være vanskelig at fastslå, hva der er de reelle årsager til, at den nye tilslagsmodtager ikke har overtaget personalet.”*<sup>159</sup>

Den første løsningen synes å være den domstolene har valgt. Omgåelse er en faktisk omstendighet som vektlegges i identitetsvurderingen, men det er vanskelig å si noe generelt om vekten det tillegges i den konkrete sak. Det andre forslaget er en type gjennomskjæringsregel. Denne vektleggingen av omgåelse er lagt til grunn av engelske domstoler.<sup>160</sup> I Court of Appeals dom i ADI uttalte førstvoterende:

*”More generally, it seems to me that if, as in the present case, the economic entity is labour intensive such that, applying Suzen, there is no transfer if the workforce is not taken on, but there would be if they were, there will be a transfer if, although the workforce is not taken on, it is established that the reason or principal reason for this was in order to avoid the application of the Regulations.”*<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> C-340/01(Sodexho) gen.adv. premiss 40.

<sup>159</sup> C-340/01(Sodexho) gen.adv. premiss 39.

<sup>160</sup> [2001]IRLR542 (ADI). Se også Lockton(2006) s.276.

<sup>161</sup> [2001]IRLR542(ADI) premiss 36.

Førstvoterende oppsummerte sitt syn som følger:

*”It follows that in my judgement, there would be a transfer in the present case if the reason or principal reason for Firm Security Group not taking on the employees was in order to avoid the application of the 1981-regulations: but that otherwise there were no transfer.”*<sup>162</sup>

Domstolen går i Adi-saken langt i å tillegge omgåelsesmotiv vekt. Det fremgår klart av annenvoterendes votum i Adi-saken at omgåelsesmotiv *skal* vurderes der det er anført, og *skal* tillegges vekt i de tilfelle der en overføring hadde hatt betydning for identitetsvurderingen.

Annenvoterende uttalte at dersom ansatte ikke har blitt overført pga. en ”ECM-grunn”<sup>163</sup> så skal det tillegges like stor vekt som om de ansatte faktisk var overført.<sup>164</sup>

Court of Appeal oppstiller ikke noen generell gjennomskjæringsregel. Det oppstilles en gjennomskjæringsregel der resultatet, dersom arbeiderne faktisk var overtatt, hadde vært at det forelå en virksomhetsoverdragelse. Det er kun i virksomheter karakterisert av arbeidsstyrken eller blandingsvirksomheter at momentet vil kunne få avgjørende betydning.

## **7 Bevisbyrdespørsmål**

Det er ikke opp til EF-domstolen å ta hensyn til de konkrete faktiske omstendigheter i saker forelagt etter EF-traktaten art. 234. EF-domstolen skal kun komme med en generell

---

<sup>162</sup> [2001]IRLR542(ADI) premiss 37.

<sup>163</sup> Med ECM- grunn menes at arbeidsgiver ikke har overtatt de ansatte for å unngå at virksomhetsoverdragelsesreglene får anvendelse.

<sup>164</sup> [2001]IRLR542(ADI) premiss 52.



tolkningsuttalelse. Siden EF- og EFTA- domstolen har vært svært vage hva gjelder relevansen og vekten av omgåelseshensikt, er det vanskelig å utlede noe om bevisbyrde fra deres praksis. De nasjonale domstoler har også vært uklare og forsiktige i sine uttalelser om omgåelsesspørsmålet. Generelt har de nasjonale domstoler, i Norge Høyesterett, vært forsiktige med å gå lenger i sine uttalelser enn den EF-domstolen har gjort.

Domstolene har vært tilbakeholdne med å uttale om det i en konkret sak foreligger en hensikt om å omgå reglene. Det synes som om dette kan være på grunn av bevis hensyn.<sup>165</sup> Dersom det skal tas hensyn til om det foreligger omgåelseshensikt i identitetsvurderingen, vil dette i følge hovedregelen om bevis innebære at saksøker må bevise med sannsynlighetsovervekt at saksøkte har hatt omgåelseshensikt. Dette vil i praksis være vanskelig for saksøker, som i de fleste tilfeller vil være arbeidstaker.

Et mulig alternativ er delt bevisbyrde. Dersom saksøker kan legge frem bevis som gir grunn til å tro at saksøkte har hatt til hensikt å omgå reglene, vil dette måtte motbevises av saksøkte. I aml. § 13-8 om bevisbyrde ved diskriminering, er det oppstilt en regel om delt bevisbyrde. Diskriminering og omgåelse har det til felles at arbeidstaker er den svake part, og det vil være vanskelig for arbeidstaker å bevise at det foreligger diskriminering eller omgåelse. Saksøkte er i disse tilfeller den sterke part, og det vil være lettere for saksøkte å føre bevis for at det ikke foreligger diskriminering eller omgåelse. Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger skaper en presumsjon for at det foreligger omgåelse, er det ved delt bevisbyrde opp til saksøkte å bevise at det ikke foreligger forsøk på omgåelse.

Høyesterett har i SAS-Braathens uttalt at det kan ha betydning for identitetsvurderingen om det foreligger et interessefellesskap. En slik vurdering vil også måtte være basert på subjektive elementer som må bevises. Riktignok kan det vises til objektive omstendigheter, som at det foreligger et konsernforhold. Det vil imidlertid også være mulig å bevise at det foreligger omgåelseshensikt ved å vise til objektive omstendigheter. Eksempelvis kan

---

<sup>165</sup> C-340/01(Sodexho) Gen.adv.premiss 84.

arbeidsgiver i ettertid ha ansatt eller leid inn arbeidstakere eller inngått dyre leiekontrakter tilsvarende de fysiske aktiva erverver ikke ønsket å overta fra overdrager.

## 8 De lege ferenda vurdering

### 8.1 Bør omgåelseshensikt være relevant?

Problemstillingen er om omgåelseshensikt bør være relevant i identitetsvurderingen.

Reglene i aml. kap. 16 har til formål å beskytte arbeidstakerne ved skifte av arbeidsgiver som følge av virksomhetsoverdragelse. Dersom det skulle være legitimt for arbeidstakerne å omgå reglene, ville formålet med reglene ikke realiseres. De to andre vilkårene i § 16-1 er av EF-domstolen tolket slik at de ikke skal kunne omgås.<sup>166</sup> Identitetsvurderingen er en konkret helhetsvurdering, og det vil derfor vanskelig kunne foretas en generell tolkning som gjør det umulig å omgå reglene, for eksempel ved ikke å legge vekt på overtagelse av arbeidstakerne. Det synes som den beste måten å oppnå et rettferdig resultat, både for arbeidsgiver og arbeidstaker, er konkret å undersøke om det foreligger omgåelseshensikt i den aktuelle saken. Dette kan medføre bevisproblem, men som det er gjort rede for ovenfor vil det ofte foreligge objektive omstendigheter som indikerer at arbeidsgiver har søkt å omgå reglene.

I forarbeidene vises det til reglenes paradoks:

*”Reglene om virksomhetsoverdragelse har som sitt formål å sikre arbeidstakernes stillingsvern ved overdragelse av virksomhet. Når ny innehavers eget valg med hensyn til å overta de ansatte kan få som konsekvens at dette stillingsvernet bortfaller, vil det lett fremstå som et paradoks.”<sup>167</sup>*

---

<sup>166</sup> E-2/04(Total), Sak 324/86(Daddy`s Dance Hall).

<sup>167</sup> NOU-2004:5 s.365

Dette gjør seg særlig gjeldende ved overtagelse av arbeidstakere. Problemet er at overtagelse av arbeidstakere opptrer både på vilkår- og virkningssiden. Dersom man ikke kan legge vekt på omgåelse, og manglende overtagelse av arbeidstakerne skal tale mot at reglene skal få anvendelse, vil dette redusere effekten av reglene betydelig.

Også ellers vil det være et paradoks hvis partene legitimt kan omgå reglene som er ment å beskytte arbeidstaker mot deres disposisjoner. Lovgiver har bestemt at erverver må overta arbeidstakerne uavhengig av om han ønsker dette, dersom reglene først får anvendelse.<sup>168</sup> I tillegg følger det av § 16-4, at dersom overdrager sier opp de ansatte, og denne oppsigelsen har sin årsak i overdragelsen, skal arbeidstakerne regnes for å ha blitt overført. Det vil av disse grunner være et paradoks om erverver kan velge å omgå reglene, og at arbeidstakerne skal miste sin beskyttelse som følge av omgåelsen.

Det er mulig at det bør skilles mellom virksomheter som opphører og der driften fortsetter etter overdragelsen. I førstnevnte tilfelle vil overdragelsen i realiteten ha virkning som en oppsigelse.

## 8.2 Hvilken vekt bør omgåelseshensikt tillegges?

Spørsmålet er hvilken vekt omgåelseshensikt bør tillegges. En forutsetning for at omgåelseshensikt bør tillegges vekt er at disposisjonen har innvirket på identitetsvurderingen. Effektivitetshensynet tilsier at omgåelseshensikt i visse tilfeller må tillegges stor vekt. Dersom viktige aktiva eller en stor del av de ansatte ikke er overtatt fordi arbeidsgiver prøver å omgå reglene, vil det bare kunne foreligge en virksomhetsoverdragelse dersom det oppstilles en lignende gjennomskjæringsregel som engelske domstoler har gjort. Hvis en manglende overtagelse av ansatte skyldes omgåelse, og det hadde foreligget en virksomhetsoverdragelse dersom de ansatte ble overført, skal de ansatte regnes for å være overført.

---

<sup>168</sup> Aml.§ 16-2(1).

Et mulig alternativ kan være ikke å tillegge momentet vekt i noen retning. Dette synet er anført av Generaladvokaten i Sodexho i forhold til overtagelse av ansatte. I tilfeller hvor en disposisjon utelukkende har et omgåelsesformål, taler formålet bak reglene, hensynet til arbeidstakerne, for at en av de ovennevnte løsninger legges til grunn.

Ofte vil det være i tvilstilfeller at arbeidsgiver prøver å omgå reglene. I slike tilfeller kan det være tilstrekkelig ta hensyn til omgåelse som et relevant moment i helhetsvurderingen. Hvis disposisjonen har et legitimt formål, men også er motivert i omgåelse, vil det være muligens også være mer naturlig å legge vekt på omgåelseshensikt i helhetsvurderingen enn å oppstille en gjennomskjæringsregel.

En gjennomskjæringsregel kan bli for effektiv. Det som skal beskyttes er arbeidstakers rettigheter ved skifte av arbeidsgiver som følge av virksomhetsoverdragelse, ikke ved overføring av enkelte arbeidstakere eller aktiva. I tilfeller der det bare er overført enkeltgjenstander, vil det ofte være igjen aktivitet i det overdragende selskap. Dermed vil ikke en manglende overdragelse ha så store konsekvenser for arbeidstaker, som dersom den overdragende virksomhets aktiviteter opphører.

### 8.3 Rettssikkerhet

Det er hevdet at omgåelse er ikke et legitimt formål, og partene ikke fortjener beskyttelse, dersom de har forsøkt å omgå reglene.<sup>169</sup> Utformingen av reglene har imidlertid betydning for omgåelsesspørsmålet.

Identitetsvurderingen er en konkret helhetsvurdering. Siden det er en skjønnsmessig regel kan det være vanskelig for erverver å forutberegne om virksomhetsoverdragelsesreglene får anvendelse. Om reglene får anvendelse eller ikke kan ha stor betydning for prisen erverver ønsker å betale for en virksomhet, eller hvor mye erverver skal ta betalt for oppdraget i en anbudssituasjon. Karakteren av virksomhetsoverdragelsesreglene kan være problematiske i forhold til arbeidsgivers rettssikkerhet og forutberegnelighet, og motivere til omgåelse.

---

<sup>169</sup> Jakhelln(2006) s.510.

Dersom avtalepartene er i tvil om reglene vil få anvendelse, kan det føre til at de tilpasser seg reglene for å være på den sikre side.

#### 8.4 Arbeidslivslovutvalgets forslag til løsning

I forarbeidene presenterte arbeidslivslovutvalget to alternative løsninger på problemet med omgåelse. Begge disse løsningene er problematiske i forhold til arbeidstakernes rettssikkerhet. Arbeidslivslovutvalgets flertall viste til at spørsmålet om omgåelse kunne finne sin løsning via tariffavtaler. Denne løsningen synes mindre god. Aml. kap. 16 oppstiller grunnleggende, og svært viktige beskyttelsesregler for arbeidstakerne. Reglene er av en slik art at reelle hensyn tilsier at beskyttelsen ikke bør være avhengig av at en tariffavtale er opprettet, og kan gjøres gjeldende. Vernet bør gjelde for alle arbeidstakere, og derfor følge av lov eller rettspraksis. En løsning via tariffavtale forutsetter at det faktisk er opprettet en slik avtale. Arbeidsgiver kan ikke tvinges til dette. I sin ytterste konsekvens kan arbeidstakerne bli nødt til å gå til arbeidskamp for å få opprettet en slik avtale. Uorganiserte arbeidstakere vil ha svært små muligheter til å presse arbeidsgiver til å inngå en slik avtale. I tillegg til alternativet å regulere problemet gjennom tariffavtaler, presenterte utvalgets flertall muligheten for å regulere omgåelsesspørsmålet mellom avtalepartene, oppdragsgiver og erverver. Om dette sier utvalget:

*”Det finnes også eksempler på at oppdragsgiver i forbindelse med anbudsinnbydelser eller lignende stiller krav om, eller anmoder om at den som vinner kontrakten må overta de arbeidstakerne som utfører arbeidet.”*<sup>170</sup>

De skisserte løsninger på omgåelsesproblemet virker lite gjennomtenkte. Reglene er oppstilt for å verne arbeidstakerne mot disposisjoner foretatt av partene i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Satt på spissen foreslår Arbeidslivslovutvalget at man skal overlate arbeidstakernes vern til de parter reglene skal beskytte mot.

---

<sup>170</sup> NOU-2004:5 s.365

I flere tilfelle vil det kunne være slik at oppdragsgiver ønsker å beskytte arbeidsplassene til arbeidstakerne. Imidlertid er det nok sannsynlig at mange vil prioritere økonomiske hensyn fremfor arbeidstakernes vern. Arbeidstakernes vern vil med en løsning som skissert fra utvalget, være prisgitt viljen til anbudsgiver. Utvalget drøfter sistnevnte løsning bare i forhold til anbud og kontraktsutsetting. Utvalget presenterer en løsning hvor oppdragsgiver skal sørge for arbeidstakernes vern. Dette kan medføre at oppdragsgiver må betale mer til erverver for at han skal påta seg oppdraget. Det virker noe optimistisk å tro at dette vil være en god løsning på problemet med omgåelse.

## 8.5 Min vurdering

Høyesterett la seg på det som må sies å være en forsiktig linje i Olderdalen. Domstolen kunne ikke se at lovgiver hadde ønsket å innføre et bedre vern for arbeidstakerne enn det som fulgte av minimumsvernet etter direktivet, og foretok en tradisjonell vurdering av om tilstrekkelige midler og ansatte var overført. SAS-Braathens står i kontrast til denne tilnærmingen. Høyesteretts innfallsvinkel er for så vidt den samme. Også i SAS-Braathens vurderte retten om tilstrekkelig aktiva og ansatte var overført. Terskelen ble imidlertid etter mitt syn lagt lavere enn i tidligere praksis. Selv om det er grunn til å tro at omgåelseshensyn spilte en viss rolle for den konklusjon Høyesterett kom til, bør det understrekes at Høyesterett ikke eksplisitt gav uttrykk for dette.

Sett hen til at forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 synes å åpne for at Høyesterett kan tolke regelverket slik at det gis et bedre vern for arbeidstakerne enn det som følger av minimumskravene direktivet oppstiller, kan det etter mitt syn stilles spørsmål ved om ikke Høyesterett i en fremtidig sak uttrykkelig bør uttale at omgåelseshensikt er et relevant moment i identitetsvurderingen. Siden praksis fra EF- og EFTA-domstolen ikke kan forstås dit hen at det ikke kan legges vekt på omgåelseshensikt, snarere tvert om, kan jeg vanskelig se at det er vektige rettskildemessige argumenter som taler mot at Høyesterett velger en slik linje. Det er grunn til å tro at et slikt standpunkt vil være klargjørende, og også virke preventivt.

Dersom domstolene legger vekt på omgåelseshensikt vil det bidra til å oppfylle direktivets og arbeidsmiljølovens formål, nemlig å beskytte arbeidstakernes ansettelsesforhold - og vilkår. For aktørene i næringslivet vil en klargjøring fra Høyesterett fremme forutsigbarhet, noe som er i alles interesse.

Ut fra en de lege ferenda-vurdering mener jeg at domstolene bør legge vekt på omgåelse. Hvilken vekt det skal tillegges bør etter mitt syn avhenge av omstendighetene i den konkrete sak. Dette korresponderer godt med regelverket for øvrig. EF-domstolen har gjentatte ganger poengtert at det må foretas en konkret helhetsvurdering når det skal fastslås om det foreligger en virksomhetsoverdragelse eller ikke.

## Litteraturregister

- Bårdsen (2004) Bårdsen, Merete. *Anvendelse av direktivet om virksomhetsoverdragelse i situasjoner hvor det ikke overføres ansatte- EF-domstolens dom i Abler-saken*. Arbeidsrett, 2004 nr. 2. S.67-83.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2001
- European Union Law  
(2006) Chalmers, Damian...[et al.] *European Union Law*. 1.utg. Cambridge 2006.
- Evju (2006) Evju, Stein. *Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. Januar 2006*. Arbeidsrett 2006 nr.1. s. 52-64.
- EØS-rett (2004) Sejersted, Fredrik...[et al.] 2.utg. Oslo, 2004.
- Fougner (2006) Fougner, Jan. *Virksomhetsoverdragelse og tilpasning*. Arbeidsrett 2006 nr.1. s. 65-76.
- Fougner/Holo (2006) Fougner, Jan, Holo, Lars. *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave*. Oslo, 2006.
- Gjems-Onstad (1992) Gjems-Onstad, Ole. *EF-regler for begynnere*. 1.utg. Oslo, 1992.



- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten* 4.utg, 2.opplag. Oslo, 2006, 2007.
- Klingsten (2002) Klingsten, Mette. *Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhetsoverdragelse*. 1.utg. Danmark, 2002.
- Lockton (2006) Lockton, Deborah. *Employment Law*. 5.utg. De Montfort University, 2006.
- Mulder (2004) Mulder, Bernhard Johann. *Anställningen vid verksamhetsövergång*. 1.utg. Lund/Eslöv, 2004.
- Vågen (2004) Vågen, Kjetil. *Virksomhetsoverdragelse Identitetskravet i aml. § 73A første ledd1*. Arbeidsrett 2004 nr. 4. s. 239-258.

## Øvrige kildehenvisninger

### Lover:

- |      |   |
|------|---|
| 2005 | Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni.2005 nr. 62. |
| 1978 | Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 2. juni 1978 nr. 45.                  |
| 1977 | Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4.                                |

### EU-lovgivning

- |                   |  |
|-------------------|--|
| EF-traktaten (EF) | Traktat av 25. mars 1957 om opprettelse av det Europeiske økonomiske Felleskap (EØF). (Roma-traktaten).  |
| EØS-avtalen       | Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 27. november 1992 nr. 109  |
| ODA               | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol. (ODA) av 27. november 1992 nr. 109.  |
| Rdir 2001/23/EF   | Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.             |
| Rdir 98/50/EF     | Rådsdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998 om endring av direktiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter. |

Rdir 77/187/EØF      Rådsdirektiv av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

## **Forarbeider**

NOU 2004:5      Arbeidslivslovutvalget  
Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)      Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

## **Rettspraksis**

### *Høyesterett*

Rt. 1997 s. 1954 (Løten)

Rt. 1997 s. 1965 (Stavanger Catering)

Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen)

Rt. 2006 s. 71 (SAS-Braathens)

### *Lagmannsrett*

RG. 2001 s. 1438

### *Tingrett*

RG. 2003 s. 1342

## **Arbeidsrettspraksis**

ARD-1921-341

ARD-1936-36

Sak nr. 28/2008, lnr. 24/2008

### **Praksis fra EF-domstolen**

Sak 24/86 (Spijkers)	Josef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abbator CV og Alfred Benedik en Zonen BV. Saml. 1986 s.1119.
Sak 324/86 (Daddy`s Dance Hall)	Foreningen af arbejdsledere i Danmark mot Daddy`s Dance Hall A/S. Saml. 1988 s.00739.
Sak 287/86 (Ny mølle kro)	Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mot Ny Mølle Kro. Saml. 1987 s. 5465.
C-171/94 og C-172/94 (Merckx)	Albert Merckx og Patrick Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA. Saml. 1996 s. I-1253.
C-13/95 (Süzen)	Ayse Süzen mot Zenacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice. Saml. 1997 s. I-1259.
C-234/98 (Allen)	Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd. Saml. 1999 s. I-08643.
C-72/99 (Liikenne)	Oy Liikenne AB mot Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen. Saml. 2001 s. I00745.
C- 340/01 (Sodexho/Abler)	Carlito Abler m.fl. mot Sodexho MED MER Catering Gesellschaft mbH (SAML?)
C-232/04 og 233/04 (Kötter)	Nurten Güney-Görres (C-232/04), Gul Demir (233/04) mot Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG
C-458/05 (Jouini)	Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH. Saml. 2007 I-07301.

### **Praksis fra EFTA-domstolen**

Sak E-2/95 (Stavanger Catering)	Eilert Eidesund mot Stavanger Catering AS. Rapport 1995-1996.s.1
Sak E-2/96 (Ulstein)	Jørn Ulstein og Per Otto Røiseng mot Asbjørn Møller. Rapport 1995-1996 s.65.
Sak E-2/04 (Total)	Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Kåldman mot Total E&P Norge AS.

### **Engelsk rettspraksis**

ECM (Veichle Delivery Services Ltd) v. B Cox & Others[1999] I.C.R.1162

ADI(U.K) Limited v. Firm Security Group Limited [2001] IRLR 542.

